Diss. Rostock
1901
A. Cohen

Das sog. Selbstkontrahieren des Vertreters

nach

gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Juristen-Fakultät zu Rostock

vorgelegt von

Alfred Cohen
Referendar.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

[Diss Rostock]

Druck von
Max Schmersow, vorm. Zahn & Baendel Kirchhain N.-L.
1901.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549210_0061

Litteratur-Übersicht.

Bähr: Gegenentwurf zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches.

Bechmann: System des Kaufs nach gemeinem Recht.

Behrend: Lehrbuch des Handels-Rechts.

Böckelmann: Über die Stellung des B.G.B. für das deutsche Reich zu der Frage des Selbstkontrahierens des Stellvertreters im Vergleich zum römischen und gemeinen Recht. Inaug-Diss. Erlangen 1898.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten II. Aufl. (Lotmar).

Corpus juris civilis.

Corpus juris canonici.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts.

Cujacius: Pratische Ausgabe.

Dernburg: Pandekten. 5. Aufl.

Dernburg: Geschichte und Theorie der Kompensation. 2. Aufl.

Dernburg: Pfandrecht. Leipzig 1860.

Dernburg: Preussisches Privatrecht. 5. Aufl.

Dernburg: Referat über Buchka, die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, in der Heidelberger krit. Zeitschrift für gesamte Rechtswissenschaft. Band 1.

Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches.

Donellus: Comment. jur. civil.

Eck: Besprechung: Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht von Dr. Max Rümelin, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Band 39.

Eck: Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines B.G.B. Berlin 1896.

Endemann: Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuches. 3. Aufl.

Eneccerus-Lehmann. Der bürgerliche Recht. Marburg 1898.

Entscheidungen des Reichsgerichts. Band 5, 6, 16, 29, 43.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Band 6, 8.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts zu Hamburg, mitgeteilt in Seufferts Archiv Band 45.

Fitting: Über das Wesen des Titels bei der Ersitzung im Archiv für zivil. Praxis. Band 51.
Fischer-Henle. Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe. 2. Aufl.
Förster-Eccius. Preussisches Privatrecht. 7. Aufl.
Grünhut: Das Recht des Kommissionshandels.
v. Hahn: Beiträge zur Lehre vom Kommissions-Geschäft in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Band 29.
Hartmann: Recht an eigener Sache, in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik. Band 17.
Hellmann: Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften. München 1882.
Hölder: Kommentar zum allgem. Teil des B.G.B. München 1900.
Jakubezky: Vorbemerkungen zu dem Entwurf eines B.G.B.
Jhering: Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik. Band 1.
Kaufmann: Kommentar und Institutionen des B.G.B. von 1900.
Kohler: Gesammelte Abhandlungen Band 1. Der dingliche Vertrag.
Kössler: Geldwechsel und Eigentum, in Gruchots Beiträgen Band 36.
Leonhard: Die besonderen Rechtszweige im Entwurf eines B.G.B. Marburg 1892.
Lepa: Die Lehre vom Selbsteintritte des Kommissionärs. Stuttgart 1883.
Leske: Vergleichende Darstellung des B.G.B. und des preussischen allgem. Landrechts. Berlin 1898.
Matthiass: Lehrbuch des bürgerl. Rechtes. Berlin 1899.
Meissner: Kommentar zum I. Buch des B.G.B. Breslau 1898.
Meissel: Referat über Rümelin in Grünhuts Zeitschrift Band 18.
Merkel: In krit. Vierteljahrschrift. Band 32.
Mitteis: Die Lehre von der Stellvertretung. Wien 1885.
Muskat: Vertrag des Stellv. mit sich selbst, Goldschmidts Zeitschrift. Bd. 33.
Motive zu dem Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs.
Neumann: Handausgabe des B.G.B. Berlin 1898.
Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse, Kommentar. Berlin 1899.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar. 2. Aufl.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung.
Regelsberger: Pandekten. Leipzig 1893.
Rehbein: Das bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1899.
Römer: Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 19.
Rümelin: Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht. Freiburg 1888.
Salmann: Duplex persona, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Band 41.
Savigny: Das Obligationenrecht. Berlin 1853.

Schaps: Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs. Inaug. Diss. Berlin 1887.
Scherer: Allgemeiner Teil des B.G.B. Kommentar. Erlangen 1897.
Scheuerl: Stellvertretung insbesondere bei Begründung von Obligationen, in der kritischen Überschau Band 1.
Siebert: Kann nach gemeinem Recht der Stellvertreter mit sich selbst kontrahieren? Inaug. Diss. Erlangen 1896.
Skolny-Karo: Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. Berlin 1899.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse.
Staudinger: Kommentar zum B.G.B. (Familienrecht). München 1899.
Unger: System des ötserreichischen Privatrechts.
Viefhaus: Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gem. Recht. Inaug. Diss. Erlangen 1895.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. (Kipp).

Das sog. Selbstkontrahieren des Vertreters nach gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuch.

I. Disposition.

Einleitung: Welche Stellung kann ein geltendes Recht zu der Frage des sog. Selbstkontrahierens einnehmen?

II. Ist es denkbar, dass jemand innerhalb seiner eigenen Rechtssphäre mit sich kontrahiert?

III. Ist begrifflich das Selbstkontrahieren des Stellvertreters möglich?

1. Bei der indirekten Stellvertretung.
2. Bei der direkten Stellvertretung.

Auf Grund der Begriffe von Stellvertretung und Vertrag

a) des gemeinen Rechtes,
b) des bürgerlichen Gesetzbuches.

3. Abgrenzung der einzelnen Fälle der Stellvertretung.

IV. Die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens des Vertreters nach positivem Recht.

A. Nach gemeinem Recht.

1. Der Standpunkt der Quellen.
   a) Ein allgemeines Prinzip fehlt.
   b) Die einzelnen Fälle:
      aa) Das sibi solvere
      Des Vertreters als Privatperson an sich in seiner Eigenschaft als Vertreter.
      Des Vertreters in dieser seiner Eigenschaft an sich als Privatperson.
      bb) Die Darlehnsentnahme aus dem Vermögen des Vertretenen.

cc) Der Auktionsbarkauf vom Vertretenen.

c) Das Recht der Novelle 72.

2. Die Weiterentwickelung im gemeinen Gewohnheitsrecht.

B. Nach bürgerlichem Gesetzbuch.

1. Der erste Entwurf und das Prinzip des B.G.B.
2. Fälle der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens:
   a) Soweit es ausschliesslich in Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.
   b) Soweit es besonders gestattet ist
      aa) durch gesetzliche Normierung,
      bb) durch erteilte Vollmacht.
3. Welche Wirkungen knüpfen sich an das gesetzlich nicht zulässige Selbstkontrahieren?
   a) Der Regel nach Nichtigkeit.
   b) In einigen Fällen bleibt das Rechtsgeschäft in der Schwebe:
      aa) Wenn der Stellvertreter ohne Vertretungsvollmacht gehandelt hat.
      bb) In dem analog zu behandelnden Fall, dass der Vormund mit dem Mündel selbst einen Vertrag abschliesst.
      cc) In dem besonderen Falle der §§ 456—458.
   c) Verteilung der Beweislast.

Ist es möglich, und inwieweit ist es zulässig, dass ein Vertreter mit sich selbst kontrahiert? Dieses bekannte Problem des sog. Selbstkontrahierens des Stellvertreters, über das im gemeinen Recht so viel und lebhaft diskutiert worden ist und über das so viel geschrieben ist, in vergleichender Darstellung mit dem bürgerlichen Gesetzbuch zu behandeln, bildet den Vorwurf dieser Arbeit.

Fast alle Möglichkeiten, wie — objektiv betrachtet — ein Recht von rechtspolitischen Erwägungen aus diese Frage regeln kann, sind für das geltende gemeine Recht herangezogen und erwogen worden und haben Vertreter und Verfechter gefunden.

Die Stellung des objektiven Rechtes kann eine dreifach verschiedene sein:

Es kann sich erstens das Recht gänzlich ablehnend verhalten. Das Selbstkontrahieren ist ein für allemal ausgeschlossen. Mag das nun auf begrifflichen Deduktionen beruhen, nämlich dass mit den gegebenen Grundbegriffen das Selbstkontrahieren unmöglich ist, oder mag es nur ein Ausfluss praktischer Erwägungen sein, damit Interessenkollision vermieden werde — das ist gleichgültig.

Es kann ferner ein Recht dem Akt des Selbstkontrahierens volle Wirkung beilegen und nur in gewissen Fällen — event. auch wiederum so weitgehend, dass die Ausnahme zur Regel wird — dieselbe versagen.

Endlich kann das positive Recht das Selbstkontrahieren als ausnahmslos zulässig anerkennen. Es würde dann im gegebenen Falle eines Schadens einerseits eine Klage wegen dolus möglich sein, andererseits könnten die Geschädigten entsprechend ihrem Verhältnis zu dem Vertreter sich an diesem mittelst der Kontraktsklagen schadlos halten.

Fast möchte man sagen, wenn man den Streit der Meinungen überblickt: So viel Möglichkeiten der rechtlichen Regelung der Frage, so viel Meinungen giebt es, was thatsächlich für das gemeine Recht rechtens sei. Keine von diesen sich widerstreitenden Ansichten kann den Anspruch erheben, anerkannt zu sein als geltende und herrschende.

Diesem Zustand macht das neue bürgerliche Recht ein Ende. Es entscheidet sowohl in bestimmter Form über die Möglichkeit des Selbstkontrahierens an sich, als auch giebt es in scharf umrissenen Grenzen an, wie weit es dasselbe als zulässig anerkennen will. — Ob damit auch die Kontroverse über die juristische Konstruktion erledigt ist, darüber soll weiter unten ausführlich gesprochen werden.

Es ist sicherlich ganz undenkbar, dass jemand, ohne Vertreter eines Andern zu sein, mit sich selbst innerhalb seiner eigenen Rechtssphäre ein Rechtsgeschäft abschliesst. Es kann niemand in diesem Sinne mit sich selbst kontrahieren. Es kann niemand eine Sache für sich erwerben, an der er das Eigentum schon thatsächlich hat. Es kann niemand ein das Eigentum beschränkendes Recht an seiner eigenen Sache erlangen, denn es ist, wie Römer[1]) ausführt, „ein innerer Widerspruch, dass jemand zugleich den Willen habe, eine Sache ihrer ganzen Totalität nach und nur partiell rechtlich zu beherrschen.“[2]) Man könnte zwar meinen, dass der § 1239 des B.G.B. diesem ganz allgemein aufgestellten Satz widerspräche. Es ist im genannten Paragraphen näm-

[1]) Römer, Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst in Goldschmidts Zeitschrift Band 19 S. 67.

[2]) Weitere Rechte an der eigenen Sache, als das Eigentum geben kann, sind möglich. Es kann sehr wohl ein Recht, das an sich eine Beschränkung der Befugnisse des Eigentümers enthält, insoweit als es andere dingliche Rechte beschränkt, auch in der Hand des Eigentümers fortbestehen: so die Eigentümerhypothek, die ein wirkliches materielles Recht ist, nicht nur eine formelle Einrichtung zur Aufrechterhaltung der prioritätischen Rechte des Eigentümers durch eine Fiktion der Hypothek. Vgl. Hartmann, Recht an eigener Sache in Iherings Jahrbücher, Bd. 17 S. 71 ff., und Jakubezky, Bemerkungen zu dem Entwurf eines B.G.B. S. 212.

lich dem Eigentümer einer verpfändeten Sache gestattet, beim Pfandverkauf mitzubieten und so seine eigene Sache zu erstehen. Ein Kauf der eigenen Sache liegt aber in Wirklichkeit hier gar nicht vor, denn, so führen die Motive Bd. III S. 826 aus, „bietet der Eigentümer mit, so will er sich statt des ausgebotenen Kaufobjektes, nämlich des Eigentums am Pfande, nur das darin enthaltene Mindere, nämlich die Freiheit des ihm schon zustehenden Eigentums von den durch den Pfandverkauf erlöschenden Belastungen erkaufen.“ Es handelt sich also nicht um einen Eigentumserwerb, sondern um einen Eigentumfreiheitserwerb. Thatsächlich liegt derselbe Vorgang zu Grunde, wie wenn der Eigentümer seine Sache einlöst. Das gleiche gilt bei öffentlichen Versteigerungen zum Zwecke des Selbsthülfeverkaufs. Der Satz, dass niemand innerhalb seiner eigenen Rechtssphäre mit sich selbst zu kontrahieren vermag, ist nicht durchbrochen.

Es kann auch endlich niemand mit sich selbst einen obligatorischen Vertrag abschliessen, „denn Subjekt und Objekt des Rechtes, Herrschendes und Beherrschtes können nicht identisch sein, und es setzt das Recht und die dem Rechte korrespondierende Beschränkung begrifflich zwei verschiedene Vermögen voraus.“ [1])

Diese Erwägungen beruhen nicht auf irgend welchen positiv rechtlichen Bestimmungen, sondern sind nur Konsequenzen des allgemeinen Begriffs der Rechtsgeschäfte.[2])

Um etwas ganz Anderes handelt es sich schon auf den ersten Blick, wenn jemand als Vertreter einer zweiten Person in dieser seiner Eigenschaft als Vertreter mit sich als Privatperson, oder auch als Vertreter einer dritten Person Rechtsgeschäfte abschliesst, denn hier treten zwei verschiedene

[1]) Dem gegenüber meint Muskat, Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst, in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 33 S. 510 und 511, der Beweis der Unmöglichkeit sei nur dadurch zu liefern, dass zu einem Vertrag unbedingt zwei Personen erforderlich seien.

[2]) In diesem Sinne äussert sich auch das Reichs-Ger. Bd. 5 S. 59: Es ist nicht nur nach positiven Rechtsvorschriften unzulässig, sondern an sich undenkbar, dass eine Person, im eigenen Namen handelnd, mit sich als ebenfalls im eigenen Namen Handelnden einen Vertrag abschliesst.

Rechtssphären, zwei verschiedene Vermögenskomplexe zu einander in Beziehung.

Aber das Wesen der Stellvertretung ist kein einheitliches, sondern grundverschieden in den verschiedenen Zeiten und Rechten. Die Frage, ob jemand ein Rechtsgeschäft gültig für einen Dritten abschliessen kann mit der Wirkung, dass das Rechtsgeschäft nicht als von dem Erklärenden, sondern als von einem Anderen abgeschlossen rechtlich in Betracht kommen soll — diese Frage hat das römische Recht grundsätzlich verneint. Mit anderen Worten, das römische Recht kennt gar nicht die Stellvertretung in dem eben erwähnten Sinne. Möglich war regelmässig im römischen Recht nur der Fall, dass der Vertreter zunächst die betreffende Handlung im eigenen Namen und mit der Wirkung für sich selbst ausführte, und hinterher die für ihn entstandenen Rechte und Pflichten auf den Prinzipal übertrug. Dies ist die sog. indirekte Stellvertretung. Das Charakteristische derselben ist, handeln im eigenen Namen mit der Wirkung für sich selbst.

Solange nun diese indirekte Stellvertretung die allein anerkannte war, hat sich die Doktrin mit der Untersuchung über die grundsätzliche Zulässigkeit des Selbstkontrahierens nicht befasst. In der Regel beschränkte man sich darauf, dasselbe als unmöglich zu erklären.[1]) Nur einige in den Quellen vorgesehene Ausnahmen werden zugelassen.

Dieses grundsätzliche Verwerfen des Selbstkontrahierens ist vom Standpunkt der Rechtslogik aus völlig zu billigen, soweit es sich eben um die indirekte Stellvertretung handelt. Der indirekte Stellvertreter agiert ausschliesslich im eigenen Namen, er ganz allein wird aus den von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäften verpflichtet und berechtigt. „Der Prinzipal steht dem Geschäft als solchem so fern wie jeder Dritte," bemerkt Jhering treffend in seinem Aufsatz Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte.[2])

[1]) So Cujacius (Pratische Ausgabe Bd. 5. S. 812) quae ratio non patitur ut idem emptoris et venditoris officio fungatur.

[2]) Jahrbücher für Dogmatik. Jahrg. 1. Bd. S. 347.

Man kommt also zu dem Resultat, dass der indirekte Stellvertreter grade so wenig in seiner Eigenschaft als indirekter Stellvertreter mit sich zu kontrahieren vermag, wie eine Privatperson mit sich als Privatperson; thatsächlich ist er in seiner doppelten Funktion immer nur er selbst. Damit scheidet aus unserer weiteren Betrachtung auch der Kommissionär des Handelsrechts vollkommen aus. Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs beruht nicht auf dem Prinzip des Selbstkontrahierens, denn solches ist für die indirekte Stellvertretung — und indirekter Stellvertreter ist der Kommissionär, denn er handelt in eigenem Namen — begrifflich unmöglich.[1])

Auf einen ganz anderen Standpunkt stellt sich Rümelin.[2]) Allerdings erkennt er „den Schluss von der Negation direkter Stellvertretung auf die Negation des Selbstkontrahierens“ in gewissem Sinne an. Er kommt zu dem Resultat aber nicht auf Grund einer begrifflichen Unmöglichkeit (was er ausdrücklich verwirft und von seinem Standpunkt auch verwerfen muss), sondern eines „Wahrscheinlichkeitsschlusses“. Es ist nicht wahrscheinlich, meint er, dass ein Recht, das im allgemeinen den Gedanken, es könne durch eine Willenserklärung einer Person Vertragswirkung für einen Anderen entstehen, nicht entwickelt hat, dies gerade in dem singulären und komplizierten Falle des Selbstkontrahierens geschehen lässt.

Für die indirekte Stellvertretung muss man also die Möglichkeit, dass ein Stellvertreter mit sich selbst in seiner Eigenschaft als Privatmann und als Stellvertreter eines Anderen kontrahiere, ablehnen, man mag auf dem radikalen Standpunkt Römers, Muskats und Anderer stehen und das Selbstkontrahieren für begrifflich unmöglich halten, oder man mag

---

[1]) Anders Grünhut, Recht des Kommissionshandels S. 486 Anm. 37, indem er annimmt, dass zwar formell der Kommissionär Schuldner und Gläubiger in einer Person sei, materiell aber der Kommittent Gläubiger oder Schuldner werde. Gegen ihn v. Hahn. „Mit einem an sich undenkbaren Rechtverhältnis kann nach keiner Richtung operiert werden“. Lepa, Abraham. ebenso.

[2]) Rümelin, „Das Selbstkontrahieren des Vertreters,“ Freiburg 1888.

auf dem Standpunkt Rümelins stehen. Darüber herrscht auch Einigkeit.[1])

Um so grösser ist der Streit auf dem Gebiet des modernen Rechtes inbezug auf die direkte Stellvertretung.

Hauptsächlich bilden die verschiedenen Anschauungen und Theorieen über Stellvertretung den Ausgangspunkt der Kontroversen. Je nachdem die eine oder die andere als richtig anerkannt wird, wird das Selbskontrahieren als möglich und zulässig oder als begrifflich und logisch widersinnig bezeichnet. Wir halten das nicht für richtig und werden uns bemühen, den Nachweis zu liefern, dass sowohl nach der Theorie Savignys als auch nach der sog. Repräsentationstheorie, die das B.G.B. anerkannt hat, ein Selbstkontrahieren begrifflich möglich ist.

Für das gemeine Recht schliesen wir uns der Savignyschen Theorie an, die zwar nicht als die absolut herrschende anerkannt wird, der aber auch das Reichsgericht folgt. —

Savigny[2]) lehrt: Es ist bei der Stellvertretung eine Willenserklärung des Vertretenen vorhanden. Der Vollmachtgeber erklärt kraft der erteilten Vollmacht durch den Bevollmächtigten seinen Willen. Es ist nichts vorhanden, als eine Willenserklärung des Vollmachtsgebers.[3]) Die juristische Handlung des Stellvertreters wird als die Handlung des Vertretenen betrachtet.[4]) Andeutungen einer solchen Fiktion finden sich übrigens schon im canonischen Recht, regula 72 de regulis iuris in VI 5, 13 qui facit per alium est perinde ac si faciat per se ipsum.

[1]) Anders nur Grünhut. Das Recht des Kommissionshandels.

[2]) Obligationenrecht Bd. II S. 59.

[3]) „In allen Fällen wird der Vertrag von mir durch meinen Willen geschlossen, und der Stellvertreter ist blos der Träger dieses meines Willens". Savigny a. a. O. II. S. 59. Dazu Dernburg Kritik über Buchka. Lehre v. d. Stellv. „Auch wenn der Prinzipal dem Prokurator unbedingt Vollmacht gegeben hat, Verträge festzustellen und in seinem Namen die Zustimmung zu erklären, bleibt der Mandant Kontrahent." Für diese Theorie auch Hellmann und Scheuerl.

[4]) Vgl. Unger System des österr. Privat-R. Bd. 2 S. 137. § 90 Anm. 29, der diese Fiktion für die allein befriedigende und ausreichende Konstruktion der Verhältnisse, welche die Stellvertretung erzeugt, hält.

Diese Theorie angewandt auf das Selbstkontrahieren ergiebt, dass reinlich geschieden zweier Parteien Willen in dem einen sich äussernden Vertragswillen des Vertreters erkennbar sind, dass mithin dem Erfordernis des consensus duorum genügt ist.

Auf Grund dieser Theorie kann man wohl ohne viel Bedenken der Behauptung Römers zustimmen, dass die Möglichkeit des Selbstkontrahierens „eine unabwendbare Konsequenz der direkten Stellvertretung" sei.[1]) „Darin eben, so führt Römer (a. a. O. S. 70) aus, dass die durch das vom Stellvertreter geschlossene Geschäft erzeugten Rechte und Verbindlichkeiten nicht hindurchgehen durch die Person des Stellvertreters, sondern entstehen unmittelbar in der Person des Vertretenen, besteht das Wesen der direkten Stellvertretung, und wird insbesondere das Kontrahieren des Stellvertreters als solchen mit sich selbst als Privatperson möglich." — Thatsächlich sind es hier der Idee nach zwei Personen, die mit einander kontrahieren, mag nun der Vertreter seinen eigenen Willen und den Willen des Vertretenen, oder als Vertreter verschiedener Personen den Willen des einen Vertretenen und des anderen Stellvertretenen in sich vereinen: Gerade also durch den Begriff der direkten Stellvertretung ist die Möglichkeit der Vornahme eines Rechtsaktes mit sich selbst als Vertreter eines Dritten gegeben.[2])

Allerdings liegt kein Vertrag im gewöhnlichen Sinne vor, Offenbar besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen einem eigentlichen Vertrage, d. h. der Einigung zweier selbstständiger Kontrahenten und dem Selbstkontrahieren, denn thatsächlich treten beim Vertrage zwei selbstständige Willen in die Erscheinung, bei dem sog. Selbstkontrahieren aber nur ein Wille. Allein dieser eine Wille repräsentiert die Einigung zweier Willen. Ebenso wie beim eigentlichen Vertrage sind zwei Willen ursprünglich materiell vorhanden gewesen, die

[1]) Vgl. auch Muskat a. a. O. S. 517, der zugiebt, dass man zu diesem Resultat auf dem Boden der Savignyschen Theorie kommen muss — Dagegen Rümelin.

[2]) So auch Kohler, Gesammelte Abhandl. I. S. 9.

sich zu einem einzigen verschmolzen haben, indem sie sich einander genähert haben und in einem Punkte zusammengetroffen sind.[1])

Unbedingt notwendig ist nur noch, dass diese Einigung des Vertreters mit sich sinnfällig in die Erscheinung tritt. Der Vertragsschluss muss sich irgend wie offenbaren. Es ist dies Erfordernis zwar kein Merkmal der begrifflichen Möglichkeit des Selbstkontrahierens, allein ohne einen derartigen körperlichen Vorgang ist eine rechtlich erhebliche Handlung nicht geschehen. „Giebt nun aber der Vertreter seinem Willen beiderseits einen klaren Ausdruck in der erkennbaren Absicht, mit sich selbst zu kontrahieren, dann liegt kein Grund vor, die Entstehung des Vertrages deshalb zu bezweifeln, weil die beiden Parteirollen in einer Person vereinigt sind.[2])

Bedenken können nun allerdings diese Ausführungen erregen inbezug auf die gesetzliche Stellvertretung. Ein erkennbarer Wille des Vertretenen liegt hier offenbar nicht zu Grunde. Aber dadurch, dass das Gesetz dem Vormund die Vollmacht erteilt, wird der Wille des Vertretenen, den dieser selbst juristisch nicht haben kann, fingiert[3]).

Obige Ansicht über die Möglichkeit des Selbskontrahierens teilt vom Standpunkt seiner Vertretungstheorie Mitteis[4]). Eine innere absolute Unmöglichkeit stehe dem Selbstkontrahieren durchaus nicht entgegen. Das Bedenken, dass niemand Rechte und Pflichten gegen sich selbst haben könne, werde gerade durch die direkte Stellvertretung beseitigt, da die bezüglichen Rechte und Pflichten gegen den Stellvertreter nicht in dessen Person, sondern sofort in der Person des von ihm Vertretenen entständen. — Auch Behrend[5]) steht auf

[1]) Vgl. L 1. § 3 D. 2. 14 nam sicut convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt.

[2]) So Kössler in Gruchots Beiträgen Bd. 36. S. 565.

[3]) Hellmann Stellvertretung S. 25, vergl. auch Dernburg Kritik über Buchka a. a. O. S. 21.

[4]) Mitteis Stellvertretung S. 197—198.

[5]) Behrend Handelsrecht Bd. 1, S. 344—45.

dem Standpunkt, dass in dem Fall des Selbstkontrahierens nichts von vorn herein Widersinniges, kein Verstoss gegen die Rechtslogik enthalten sei.

In erster Linie aber ist es das Reichsgericht, welches die hier verteidigte Ansicht in mehreren Entscheidungen, so zuletzt noch vom 19. 1. 1899 (Band 43) vertritt[1]). Grundlegend ist die Entscheidung vom 23. 11. 1881 (Bd. 6, S. 11 No. 3.) Hier handelt es sich um folgenden Fall: Dieselben Personen waren zum Vorstand zweier Genossenschaften gewählt. Konnten nun dieselben mit rechtlicher Wirkung Zahlung bald aus der Kasse der einen, bald aus der Kasse der anderen Genossenschaft leisten? Das Reichsgericht bejaht diese Frage unbedingt, indem es ausführt: Es kann nicht entgegnet werden, dass niemand Gläubiger und Schuldner in einer Person sein könne, denn das durch den Vertragsschluss des Stellvertreters begründete Obligationsverhältnis entsteht in der Person des Vertretenen.

Ebenso wenig aber ist zweitens solcher Vertragsschluss mit dem Begriff des Vertrages unverträglich. Die zum Wesen des Vertrages gehörige wechselseitige Einwilligung duorum in idem placitum et consensus ist in diesem Fall vorhanden, wenn einmal die Möglichkeit gegeben ist, dass beim Vertragsschluss der Wille des Stellvertreters den Willen desjenigen, in dessen Person das Rechtsverhältnis entstehen soll, zu ersetzen vermag[2]).

Dem gegenüber behauptet nun ausser anderen Bechmann[3]): Es könne keine Einigung zweier selbständiger Willen

[1]) Vergl. auch Entscheidungen in Strafsachen Bd. 9.

[2]) Den hier vertretenen Standpunkt teilen ausser den angeführten auch das O.L.G. zu Hamburg (Seufferts Archiv Bd. 45, S. 264). Ferner Kohler, Dernburg, v. Hahn.

[3]) Bechmann, System des Kaufs nach gem. Recht II, S. 288. Auf demselben Standpunkte der Verwerfung der Möglichkeit des Selbstkontrahierens steht Muskat a. a. O., indem er die Savignysche Theorie von der Stellvertretung als unrichtig verwirft. Lepa, der grundsätzlich eine Differenz der Thatbestände beim Vertragsschluss und Selbstkontrahieren annimmt, ferner das R.O.H.G. Bd. 8 S. 95, Regelsberger, Salmann, endlich Eccius (Preuss. Privatrecht), indem er anführt, beim

vorliegen, denn niemand könne seine Seele in zwei Teile teilen und mit einander kontrahieren lassen.

Dieser Satz frappiert unleugbar auf den ersten Blick. Aber ist er so absolut unantastbar? Die ganze Ausdrucksweise ist doch nur ein Bild, das man sich real eigentlich gar nicht recht vorstellen kann. Denn was versteht Bechmann unter Seele? Ist es eine thatsächlich abgeschlossene Einheit? — Wir meinen bei genauer und kritischer Betrachtung verliert das Zitat viel von seiner Wirkung. Wenn nämlich Bechmann damit meint, es könne unmöglich jemand als Vertreter des A. und als Vertreter des B., indem er Wunsch und Willen des A. und des B. kennt, in seinen Erwägungen den Willen des A. und den Willen des B., die von entgegengesetzten Punkten ausgehen, zu einer Einigung, einem Vertrage zusammenführen — so sind wir durchaus anderer Meinung. Gerade wie jemand bei seiner eigenen Überlegung die widerstreitenden „Triebreize" abwägt und zu einem Entschluss kommt, gerade so gut kann er das, wenn die Triebreize künstlich als Willen zweier Vertretenen (resp. auch seines eigenen Willens und den des Vertretenen) in ihm erregt werden. Thatsächlich sind es in solchem Falle zwei Willen hypostasiert in den widerstreitenden Motiven einer Person, die in Thätigkeit treten und das Rechtsgeschäft abschliessen. Es liegt dann allerdings bei dieser Vorstellung nur eine Art, eine Nachbildung des Kontrahierens vor. Füglich kann man daher auch nur vor einem „sog. Selbst-Kontrahieren" reden.

Ganz anders tritt Rümelin [1]) an die Frage des Selbtskontrahierens des Vertreters heran. Er geht von demselben Standpunkte aus, wie Lepa und Bechmann. „Beim Selbstkontrahieren kann immer nur ein Willensentschluss Platz greifen,

Vertragsschluss genüge nicht das Vorhandensein eines entsprechenden Willens von gleichem Inhalt bei zwei Personen, dieser müsse vielmehr durch äussere Erklärungen gegenseitig ausgetauscht werden. Vgl. auch Bähr Gegenentwurf zu § 118, der davon ausgeht, dass ein Geschäftsabschluss auf einem stillen Kampfe beider Teile beruhe, und es daher durchaus unnatürlich sei, dass ein und derselbe Mann diesen Kampf mit sich selbst auskämpfen solle.

[1]) Rümelin a. a. O. S. 19 ff.

— ein einziger einheitlicher Willensentschluss liegt auch da vor, wo der Entschluss auf Grund einer Abwägung einander widerstreitender Triebreize oder auf Grund eines Zusammentreffens von Erwägungen gefasst wird, welche von entgegengesetzten Gesichtspunkten ausgehen". — Aus diesen Gründen sei das Selbstkontrahieren als Vertrag aufgefasst unmöglich. Aber nun geht Rümelin weiter, indem er den aus diesen Erwägungen von Bechmann, Lepa und anderen gezogenen Schluss vollkommen verwirft, dass Vertragswirkungen darum an das Selbstkontrahieren nicht geknüpft werden können. Was hindert die Rechtsordnung, meint er, unter Umständen an einen Thatbestand, der in Wirklichkeit nicht Vertragsthatbestand, sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, Vertragswirkungen zu knüpfen? [1])

Dieser Standpunkt ist ein vollkommen richtiger und logischer. Die Rechtsordnung kann auch ausnahmsweise an ein einseitiges Rechtsgeschäft Vertragswirkungen knüpfen.[2]) Immerhin aber wäre diese Thatsache doch höchst auffallend und in dieser Art geradezu eine singuläre Erscheinung. Nur dann kann und darf man sich dieser Theorie anschliessen, wenn thatsächlich andere Erklärungsversuche unmöglich sind. Das aber ist, wie wir auseinanderzusetzen versucht haben, für das gemeine Recht nicht der Fall. —

Im scharfen Gegensatz zu der Savignyschen Theorie steht die sog. Repräsentationstheorie, welche behauptet, nicht der Wille des Vertretenen, sondern der Wille des Vertreters kommt rechtlich in Betracht. Auf dem Boden dieser Theorie steht im allgemeinen das B.G.B. laut § 166. „Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht."

Der leitende Grundsatz des B.G.B. ist also, „dass die

---

[1]) So auch Regelsberger Pandekten Bd. 1, S. 545 § 149, der es als durchaus verfehlt bezeichnet, diese Erscheinungen künstlich in ein Vertragsgewand zu pressen. Vgl. Brinz Pandekten IV S. 296, Anm. 2.

[2]) Vgl. Meissel in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 18, S. 521.

Erfordernisse der Willenserklärung oder der Entgegennahme einer solchen aus der Person des Vertreters beurteilt werden.“ [1]) Aber modifiziert wird doch dieses Prinzip durch den Abs. 2 des genannten Paragraphen. Unter Umständen, nämlich im Falle der Vertretung durch Rechtsgeschäft, und wenn der Vertreter nach bestimmten Anweisungen des Vertretenen handelt, soll auch der Wille des Vertretenen rechtlich relevant sein. Das liefert uns den Beweis, dass im Grunde der Stellvertretene thatsächlich immer mitwirkt an dem Zustandekommen des Rechtsgeschäfts. — Er erteilt die Vollmacht (ev. das Gesetz für ihn bei der gesetzlichen Vertretung) und erst durch die Vollmacht ist dem Vertreter die Möglichkeit gegeben, die „Ökonomie“ [2]) des Vertretenen mit einer fremden resp. auch seiner eigenen in Berührung zu bringen. Darum kommen die Wirkungen des Rechtsgeschäfts nicht unbewusst und ungewollt über den Vertretenen, sondern sie treffen ihn auf Grund seines eigenen rechtsgeschäftlichen Willens. Kontrahent ist der Vertreter, aber dessen Kontrahieren ist vom Prinzipal als eigenes Kontrahieren gewollt, und es treffen daher die Rechtswirkungen dieses fremden Kontraktes nach dem Willen aller Beteiligten lediglich den Prinzipal [3]).

So offenbart sich, dass der Vertreter nicht sein eigenes Rechtsgeschäft ausgeführt hat, sondern das des Vertretenen, und dass dieser von Anfang an daran teilgenommen hat.

Der Vertreter hat (Vertretungsmacht natürlich vorausgesetzt) thatsächlich die Verfügung über das Vermögen des Vertretenen ganz oder zum Teil. Wie immer er handelt, der Prinzipal wird verpflichtet. Es ist in seiner Person die Dispositionsgewalt über zwei verschiedene Vermögenskomplexe vereint, einmal seines eigenen und dann des von ihm vertretenen. In dieser Beziehung repräsentiert er zwei selbständige rechtliche Vermögenssubjekte und zwei verschiedene korrespondierende Willen (er will nicht nur für einen, er will für

[1]) Planck, Bürgerl. Gesetzbuch, Kommentar, Anm. 1 zu Titel 5 (Bd. I., S. 218).

[2]) Der Ausdruck stammt von Keller, Pandekten.

[3]) So das R.O.H.G. Bd. 6, S. 407.

beide), die sich äussern als ein Doppelwille. Ob es nun zum Vertragsschluss genügt, wenn diese beiden repräsentierten Vermögenssubjekte durch das Medium eines Doppelwillens zu einander in Beziehung treten, müssen wir auf Grund des Vertragsbegriffes des B.G.B. untersuchen.

Absolut unrichtig ist es u. E.[1]), zu behaupten, diese Frage sei „so zu sagen eine naturrechtliche Frage, insofern wir davon ausgehen, dass die Natur des Vertrages etwas in allen entwickelten Rechten Gleiches und Gemeinsames ist". Grade danach, wie weit in feiner Nüanzierung ein Recht den Begriff des Vertrages ausdehnt, ist zu beurteilen, ob nach dem Vertragsbegriff eben dieses Rechtes das Kontrahieren des Vertreters mit sich selbst ein Vertrag ist. Wort für Wort stimmen wir in dieser Hinsicht Eck bei, der in der Zeitschrift für Handelsrecht ausführt[2]): „Denken lässt sich ebensowohl, dass ein Recht einen Vertragschluss nur in dem Zusammenwirken zweier verschiedener Personen erblickt, als dass es ihn auch schon durch die Erklärung einer Person, ihr eigener Wille und der von ihm kraft Vertretung bestimmte Wille einer anderen Person treffe in einem gewissen Inhalt zusammen, zu Stande kommen lässt. Es fragt sich nur, ob ein gegebenes Recht seinen Vertragsbegriff so weit ausdehnt, dass es ihn grundsätzlich auch durch Abmachungen des Vertreters mit sich selbst für verwirklicht erachtet oder nicht."

Das B.G.B. definiert den Begriff des Vertrages nicht. Der § 77 des ersten Entwurfes, welcher eine Defenition enthielt, ist gestrichen, weil er zu eng und darum nicht völlig zutreffend war.[3]) Das „gegenseitige Erklären des Vertragswillens" bildet zwar die Regel, ist aber doch nicht in allen Fällen ausreichend (z. B. § 151). — Aus den §§ 145, 151, 154, 155 lässt sich jedoch der Begriff des Vertrages abstrahieren. — Ganz im allgemeinen wird nur verlangt, dass

---

[1]) So Siebert. Inaug. Diss. Kann nach gem. Recht der Stellvertreter mit sich selbst kontrahieren? S. 8.

[2]) B. 39, S. 266.

[3]) Prot., Band 1, S. 74.

Mehrerer Willen sich einigen zwecks Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung.[1])

Damit haben wir das Resultat gefunden. Der Vertreter repräsentiert nach unseren obigen Ausführungen zwei verschiedene Willen. Treten diese zu einander in Beziehung, wenn auch nur innerlich in der Person des Vertreters, und kommt es zu einer Einigung, so ist den Erfordernissen des Vertragsbegriffes nach B.G.B. genügt. Hinzukommen muss nur noch, dass diese innere Einigung des Vertreters sich nach aussen hin bethätigt, die rechtliche Wirkung muss in die Erscheinung treten.

Ganz in diesem Sinne äussern sich die Motive (B. 1, S. 224): „Aus dem Vertragsbegriff, welcher Äusserung des Doppelwillens erfordert, folgt nur, dass es nicht genügt, wenn die gedachte Person lediglich den Doppelwillen in ihrem Innern fasst, oder für sich nach Art eines Monologes mündlich oder schriftlich verlautbart. Treten aber äussere Thatsachen hinzu, welche den auch für Dritte erkennbaren Vertragswillen bez. Vertragsschluss zur Genüge ergeben — z. B. Verlautbarung vor zugezogenen Zeugen etc. — so lässt sich das Zustandekommen eines gültigen Vertrages als möglich nicht in Abrede stellen."

Warum nur sollte es auch kein Vertrag, kein wirklicher Kauf sein, wenn z. B. ein Theaterbilleteur sich selbst ein Theaterbillet nimmt und das Geld in die Kasse thut? (Beispiel Cosacks). Die Gesetzesnorm sagt positiv ausgedrückt, es kann in gewissen Fällen der Vertreter mit sich selbst ein Rechtsgeschäft vornehmen, also auch einen Vertrag schliessen. Es ist da u. E. geradezu willkürlich zu behaupten,[2]) ein Vertrag käme in Wirklichkeit doch nicht zu Stande, weil begrifflich einfach kein Vertrag zu Stande kommen könne, und alles

[1]) So Planck, Anm. 1 zu Tit. III. (B. 1, S. 196); Rehbein, Das bürgerl. Gesetzbuch, Anm. I, 1, S. 205; Kaufmann, Kommentar und Institutionen des B.G.B., S. 138.

[2]) So Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B., B. 1, § 81 IV., Anm. 17, S. 345; Leonhard, Die besonderen Rechts-Zweige im Entw. S. 79.

seien nur Vertragswirkungen, geknüpft an eine einseitige Willenserklärung. —

Bevor wir uns nun dem positiven Recht zuwenden, müssen wir uns darüber klar werden, wie weit der Begriff der Stellvertretung auszudehnen sei, resp. welche Fälle, bei denen es sich scheinbar um Stellvertretung handelt, ausgeschieden werden müssen, um eine Abgrenzung unseres Themas zu gewinnen.

Man unterscheidet Stellvertretung kraft Vollmacht und kraft Gesetzes. Die Vollmacht kann eng begrenzt sein und nur zum Abschluss bestimmter Geschäfte ermächtigen, oder sie kann die Verwaltung des gesamten Vermögens oder eines Teils desselben umfassen: sog. Generalvollmacht. — Auch ohne Ermächtigung kann jemand in der Rolle eines Stellvertreters die Geschäfte eines Anderen besorgen; das ist der Fall der negotiorum gestio (Geschäftsführung ohne Auftrag im B.G.B.), der ebenfalls hier anzuführen ist.

Unter diese Kategorie der Vertreter kraft Rechtsgeschäft fällt auch nach einer Plenarentscheidung des Reichsgerichts (Band 16 S. 396) der Gerichtsvollzieher, dem als Beauftragten des Gläubigers eine ähnliche Stellung wie dem Notar zuerkannt wird.[1])

Den wichtigsten Fall der gesetzlichen Vertretung bildet die Vertretung der Geschäftsunfähigen und der in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen durch Eltern und Vormund; ihn ähnlicher Weise ferner die Vertretung durch Pfleger und Beistand.

Innerhalb der Schlüsselgewalt vertritt als eine Art notwendiger Stellvertretung die Ehefrau den Mann. Die Stellung gesetzlicher Vertreter haben im B.G.B. die Vorstände der juristischen Personen. Gesetzlich geordnet sind ferner die Vertretungsverhältnisse der Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten, der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft u. s. w.

Alle diese angeführten Klassen und Arten von Stell-

[1]) Contra Eccius, der daran festhält, dass der Gerichtsvollzieher auch der beauftragenden Partei gegenüber Beamter sei.

vertretung haben wir bei unserer Erörterung im Auge zu behalten.

Andererseits aber scheidet aus dem Kreis unserer Betrachtungen aus der Testamentsvollstrecker. Er ist weder Vertreter der Erben, noch des Nachlasses noch auch des Erblassers, sondern nur ein Willensorgan des letzteren.

Der Konkursverwalter gehört ebenfalls nicht in den Bereich der eigentlichen Stellvertretung. Er ist weder Vertreter der Gesamtheit der Gläubiger, denn diese bilden keine zur juristischen Person zusammengefasste Einheit, noch der Konkursmasse, welche Objekt, nicht Subjekt ist, noch auch des Gemeinschuldners, denn „der Konkursverwalter übt seine Thätigkeit nicht als Ausfluss eines ihm aus der Person des Gemeinschuldners übertragenen Rechtes, sondern als eine ihm unbekümmert um die Person des Gemeinschuldners vom Gesetz übertragene Pflicht.“ [1])

Auch der Pfandgläubiger veräussert nicht, wie man früher annahm, um die Eigentumsübertragung zu erklären, durch ihn, der doch selbst nicht Eigentümer war, kraft Vollmacht des Schuldners und mit dessen Willen auf Grund des Vertrages über den Pfandverkauf. Die Befugnis zum Pfandverkauf bildet vielmehr ein Bestandteil des dinglichen Rechtes des Pfandgläubigers; er handelt beim Verkauf kraft eigenen Rechtes.[2]) Wenn also das B.G.B. dem Pfandgläubiger gestattet, bei der Versteigerung mitzubieten, so liegt kein Selbstkontrahieren des Gläubigers mit sich als Vertreter des Schuldners vor, sondern eine Art der impetratio dominii.

Endlich sei noch bemerkt, dass der Ehemann, soweit er das eingebrachte Gut der Frau verwaltet resp. auch darüber verfügt, nicht als Vertreter der Frau handelt, sondern dieses Verwaltungsrecht ist sein eigenes Recht auch in den Fällen, wo der Mann der Zustimmung der Frau bedarf.[3]) —

---

[1]) Entscheid. d. Reichsger. Bd. 29 S. 30 ff.

[2]) Dernburg, Pandekten 1. S. 689 § 280. 2.

[3]) Vgl. Planck Lief. 5 S. 110. Hiermit stimmen auch die verschiedenen teilweise auseinandergehenden Ansichten der Kommission überein; vgl. Prot. IV S. 119, 120, 166.

Wie wir in den voraufgegangenen Erörterungen darzuthun uns bemüht haben, besteht im positiven Recht in Bezug auf die Stellvertretung ein direkter Gegensatz zwischen der römischen Gesetzesgrundlage und dem entwickelten gemeinen Gewohnheitsrecht. Auf der einen Seite steht das justinianeische Recht im corpus juris civilis auf dem Boden der indirekten Stellvertretung, auf der anderen Seite gilt im gemeinen Gewohnheitsrecht die direkte Stellvertretung.

Man könnte daher zu der Frage kommen, ob nicht bei der Darstellung des gemeinen Rechtes — und nur von diesem ist ja hier die Rede — die Betrachtung der römischen Quellen ganz ausgeschieden werden kann, da diese ja einen prinzipiell andern Standpunkt einnehmen, als das gemeine Recht. Allein diese Frage ist auf das entschiedenste zu verneinen. Einmal darf man überhaupt in keiner gemeinrechtlichen Frage, soweit es sich wenigstens um ein römisches Institut handelt, selbst wenn sich das geltende Recht in seiner modernen Entwickelung ganz anders zu derselben stellt, als die Quellen, diese einfach bei Seite lassen. Denn wie immer die Forderungen des Verkehres und des gesellschaftlichen Zusammenlebens unserer Zeit ein Rechtsinstitut verändert haben — die Grundlage, aus der es hervorgewachsen ist, bildet doch immer das römische Recht.

Auf der anderen Seite aber sind gerade bei der Lösung unseres Problems die Quellen von der grössten Wichtigkeit. Zwar steht das römische Recht durchaus auf dem Standpunkt, dass es nur die indirekte Stellvertretung zulässt, aber dieses Prinzip ist bekanntermassen nicht streng durchgeführt, sondern wir finden Abweichungen zu gunsten der direkten Stellvertretung. Und gerade in den Fällen, wo das römische Recht ausnahmsweise die direkte Stellvertretung zulässt, gerade da erkennt es das Kontrahieren des Vertreters mit sich selbst an. Darum sind es auch vor allem die Quellen selbst, auf die wir unser auf Grund allgemeiner Grundsätze und Erwägungen gefundenes Resultat stützen.

Dass in den Quellen keine allgemeinen Regeln über das sog. Selbstkontrahieren des Vertreters aufgestellt sind,

erscheint um so selbstverständlicher, als nicht einmal über die Prinzipien der ausnahmsweise zugelassenen direkten Stellvertretung Stellen von grundlegender Bedeutung zu finden sind.

So kann man durchaus nicht aus den Worten der L. I. § 4 D. de stipulationibus servorum 45, 3 communis servus duorum servorum personam sustinet folgern, dass damit das Selbstkontrahieren prinzipiell zugelassen sei.[1]) Es hat in Wirklichkeit diese Stelle gar nichts mit der bisher behandelten Frage zu thun. Eine einzelne völlig aus dem Zusammenhang gerissene Stelle sagt gar nichts und kann gar nichts beweisen. In der zitierten lex ist die Rede von einer Stipulation zwischen einem im Miteigentum stehenden Sklaven und einem Sklaven, der im Alleineigentum eines der Miteigentümer steht. Um nun „die Modifikation der Stipulationswirkung zu veranschaulichen“,[2]) wird gesagt, dieser Sklave stelle gewissermassen zwei Sklaven dar.

So wenig nun aber diese Stelle den Beweis für die prinzipielle Anerkennung des Selbstkontrahierens erbringt, ebenso wenig kann die L. 9 pr. D. de pactis 2. 14 angeführt werden, um das Gegenteil zu beweisen. Die Stelle lautet: nec non et unus tutor plurium pupillorum nomine unum debitum praetendentium si convenerit, placuit unius loco esse. nam difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat. Es wird hier bestimmt, dass der Vormund mehrerer Mündel (z. B. mehrerer Geschwister), welche zusammen eine Forderung gegen den Schuldner haben, bei der Abstimmung z. B. über einen Zwangsvergleich im Konkurs nur eine Stimme haben sollen. Der Satz: difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat, heisst dann nur, dass es überhaupt nicht leicht vorkommt, dass eine Person doppelt gezählt wird[3]).

Da mithin ein Prinzip über das Selbstkontrahieren in den Quellen nicht ausgesprochen ist, so sind es die einzelnen Quellenstellen, die wir heraussuchen müssen, um aus ihrer

[1]) So Grünhut a. a. O. S. 484.
[2]) So Rümelin a. a. O. S. 83.
[3]) So auch Rümelin. S. 81, 82.

Interpretation den Beweis zu liefern, das schon das römische Recht, soweit es die direkte Stellvertretung kannte, den Vertrag des Vertreters mit sich selbst anerkannt hat.

Als erstes Beispiel, vom Verkehr des täglichen Lebens am dringendsten gefordert, greifen wir das „sibi solvere“ heraus. Verschiedene Stellen erklären, dass der Stellvertreter als Schuldner des Vertretenen an sich selbst als Vertreter erfüllen kann mit der Wirkung, dass Eigentum kraft der solutio übergehe.

Vor allem ist dies L. 9. § 4. D. de admin. 26, 7: sed si sub usuris gravioribus patri pupilli pecuniam debuit, quam sint pupillares, videndum est, an ei aliquid imputetur. et si quidem solvit, nihil est quod ei imputetur: potuit enim solvere, nec onerare se usuris: si vero non solvit, usuras cogendus est agnoscere, quas a se exigere debuit. Es handelt sich um den Fall, dass ein Vormund dem verstorbenen Vater seines Mündels Geld geschuldet hat zu höheren Zinsen, als Zinsen pupillarisch angelegter Gelder betragen[1]). Man muss nun zusehen, sagt der Jurist, ob ihn ein Verschulden trifft, dass er noch nicht gezahlt hat, eben an sich selbst als Vertreter des Mündels. Hat er gezahlt, so ist kein Grund dazu vorhanden, denn er konnte dies thun und sich von der Zinslast befreien; andernfalls muss er die hohen Zinsen weiter zahlen, die er von sich selbst hätte einkassieren können.

Ausserdem ist L. 7 § 5 D. eod. von Bedeutung: Vertisse in suos usus non accipimus eum, qui debitor patris pupilli fuit, deinde ipse sibi non solvit. Hier wird auseinandergesetzt, dass ein Vormund, der Schuldner des verstorbenen Vaters des Mündels war, noch nicht das Delikt des in suos usus vertere begangen hat, wenn er nicht sofort bei Fälligkeit der Schuld an sich selbst als Vertreter des Mündels dieselbe bezahlt hat.

Damit ist der Beweis geliefert, dass unter Umständen

[1]) Vgl. hierzu L. 7 § 10 eod. quae autem sunt pupillares usurae videndum est. et apparet hanc esse forman usurarum, ut eius quidem pecuniae quam quis in usus suos convertit legitimam usuram praestet. Vgl. auch L. 7 § 4 eod.

das Erfüllen einer Verbindlichkeit an sich, also das Kontrahieren mit sich selbst, nicht nur eine Möglichkeit, sondern eine Pflicht des Vertreters ist. — Ferner gehört hierher L. 9 § 3 D. 26, 7.

Man könnte nun bei den angeführten Stellen meinen, dass der Eigentumsübergang gar nicht durch das solvere bewirkt, sondern durch eine Vermischung der Geldstücke, also durch einen Vorgang, der ganz unabhängig ist von der beabsichtigten Eigentumsübertragung, denn offenbar handelt es sich bei den erwähnten Stellen nur um Geldforderungen. Das muss zugegeben werden. Allein der Beweis, dass doch thatsächlich durch das solvere der Eigentumsübergang bewirkt ist, liefert uns die L. 34 pr D. de negotiis gestis 3, 5. Dieselbe lautet divortio facto negotia uxoris gessit maritus: dos non solum dotis actione, verum negotiorum gestorum servari potest. Haec ita, si in negotiis gestis maritus dum gerit facere potuit: alias enim imputari non potest, quod a se non exegerit, sed et posteaquam patrimonium amiserit, plena erit negotiorum gestorum actio, quamvis si dotis actione maritus conveniatur, absolvendus est. sed hic quidem modus servandus est, ut ita querellae locus sit „quantum — tum — facere potuit, quamvis postea amiserit", si illo tempore ei solvere potuit: non enim e vestigio in officio deliquit, si non protinus res suas distraxit ad pecuniam redigendam.

Keinesfalls kann man doch hier behaupten, dass die ganz allgemein gehaltenen Worte „dos servari potest" sich nur auf eine dos beziehen, die in barem Geld besteht. Dafür sprechen auch nicht die Worte „si non protinus res suas distraxit ad pecuniam redigendam; denn den Fall der Geldleistung benutzt der Jurist nur als ein Beispiel, um den Satz zu erläutern, dass die Haftung des Ehemanns, wenn mit der actio negotiorum gestorum auf Rückgabe der dos gegen ihn geklagt wird, nicht unmittelbar mit dem Antritt der Geschäftsführung beginnt.[1])

Aus den zitierten Stellen geht mit Sicherheit hervor,

[1]) Vgl. Rümelin S. 105.

dass das römische Recht das Selbstkontrahieren anerkennt in dem Fall, dass jemand an sich selbst als Vormund oder negotiorum gestor eine Verbindlichkeit erfüllt Dieses Erfüllen der Verbindlichkeit geht vor sich dadurch, dass der Vertreter Eigentum von sich auf den Vertretenen überträgt. Bewirkt wird die Solution durch die Tradition, die Tradition aber ist ein Vertrag[1]). Wirklich ist also in diesem Fall möglich, dass der Vertreter mit sich selbst kontrahiert[2]).

Gefordert aber muss nun noch werden, dass der Eigentumsübergang sich äusserlich irgendwie kundthue. Es muss einen Augenblick geben, wo dieses erkennbar geschehen ist, damit auch der Vertreter sich darüber klar wird, dass er nun nicht beliebig zurück kann. Ist das geschehen, dann ist durch die Zahlung der Schuld sofort endgültig getilgt. Das ist die notwendige Konsequenz daraus, dass wir in der Zahlung einen wirklichen Vertrag sehen[3]).

Bei dem gewonnenen Resultat, dass der Vormund und der negotiorum gestor an sich selbst zahlen können, brauchen wir aber nicht stehen zu bleiben. Wir können ohne Bedenken die Zulässigkeit des sibi solvere ausdehnen auf die Generalbevollmächtigten, die Vertreter juristischer Personen und auf die Spezialbevollmächtigten. Rümelin schliesst letzteren Fall ausdrücklich von seinen Betrachtungen aus, indem er meint, dass in der Spezialvollmacht, eine alternative Offerte enthalten sei, entweder selbst das Geschäft zu Stande zu bringen oder mit einer anderen von ihm vertretenen Person. — Wir geben zu, dass bei einer Spezialvollmacht eine solche alternative Offerte möglich ist und auch wohl vorkommt; aber prinzipiell dieselbe anzunehmen, zu fingieren,

[1]) Vgl. Dernburg Pandekten Bd. 1 S. 500 § 213. 1, contra Muskat a. a. O. S. 257.

[2]) Vgl. Donellus Comment. de jure civili liber III cap. 12 tit. 13 (Bd. II. S. 159). quod sie alii solvere tutori possunt ut liberentur, potest utique et ipse tutor a se exigere, si quid pupillo debet, ut se ea solutione a sorte et usuris liberet.

[3]) Dagegen Rümelin S. 114ff. die Solution habe keine unmittelbare liberatorische Wirkung für den Vormund. Nur eine exceptio doli bezüglich des Betrages, um den das Mündel bereichert sei, sei gewährt.

dazu scheint uns kein stichhaltiger Grund vorzuliegen[1]). Häufig wird überhaupt bei einer Spezialvollmacht speziell in dem Falle des sibi solvere, die Möglichkeit des Selbstkontrahierens nicht vorkommen.

Denken lässt sich etwa folgender Fall: A. hat in einer Kunstausstellung ein Bild gesehen, das er kaufen will. Dasselbe soll 1000 Mark kosten. Nach einigen Tagen geht er zu seinem Freund B. hin mit der Bitte, für ihn das Bild zu kaufen und eine Zeit lang aufzubewahren, bis er es sich holen werde. B. nimmt den Auftrag an und lässt sich von A. die 1000 Mark auszahlen. In Wahrheit hatte er aber tags zuvor das Bild für sich gekauft. Er legt das Geld also einfach in seine Kasse und händigt dem A. später das Bild aus und erfüllt so die Verbindlichkeit.

Von einer prinzipiellen Zulassung, dass der Vertreter aus dem Vermögen des Vertretenen an sich tradiere — also der umgekehrte Fall der eben erörterten Möglichkeit — kann nicht die Rede sein. Dagegen spricht schon der Satz tutor in rem suam auctor esse non potest (§ 3 I. de auctoritate tutorum 1, 21). Kann ein Vormund, soweit es sich um „in rem suam" handelt, nicht einmal die Rechtshandlung seines Mündels genehmigen, um wie viel weniger kann er als Vertreter des Mündels mit sich kontrahieren!

Nur ganz spezielle Fälle kommen daher hier in Betracht; in erster Linie L. 9. § 5 D. cit. 26, 7 sicut autem solvere tutor quod debet ita et exigere quod sibi debetur potest, si creditor fuit patris pupilli: nam et sibi solvere potest, si modo fuit pecunia unde solvat, et si usurae fuerunt graviores quae ei debebantur, relevabitur eis pupillus, quia tutor — eum a[2]) — se potuit liberare, sicut aliis quoque solvere et potuit et debuit. Es kann also der Vormund, sofern die Forderung, die er gegen den Mündel hat, in Geld besteht, sich ohne weiteres aus dem von ihm verwalteten Vermögen seines Mündels befriedigen. Damit ist eben eine Ausnahme gemacht von den

[1]) Vgl. Merkel in d. krit. Vierteljahrsschrift Bd. 32 (n. F. Bd. 13), S. 304 ff. und Meissel a. a. O. S. 526.

[2]) Conjectur von Eck.

obigen Konsequenzen des Satzes, tutor in rem suam auctor esse non potest.

Dass auch hier der Eigentumsübergang bewirkt wird durch die Solution, und nicht etwa durch commixto der Geldstücke, dass also eine Tradition, ein wirklicher Vertrag vorliegt, geht wohl schon aus dem Worte „solvere“ selbst hervor, das die Eigentumsübertragungsabsicht ausdrückt. Lag es doch auch im Interesse des Vertretenen in Bezug auf den Gefahrübergang, dass der Vertreter Eigentum auf sich übertragen konnte.[1])

Ausser diesem Falle, wo der Vertreter als Gläubiger des Vertretenen für eine Geldschuld aus dessen von ihm selbst verwalteten Vermögen sich befriedigt, ist noch die Möglichkeit, eine Speciesschuld auf diese Weise zur Erfüllung zu bringen, gegeben. Das geht aus L. 34. § 2 D. cit. 3, 5 hervor. Sed nec redhibitoriae speciem venire in negotiorum gestorum actionem et per hoc sex mensibus exactis perire, si vel mancipium in rebus non invenit: vel eo invento quod accessionum nomine additum est, vel quod deterior homo factus esset, vel quod per eum esset adquisitum non ex re emptoris, nec invenit nec recepisset. Nec esset in ipsis emptoris negotiis, quae gerebat, unde sibi in praesenti redderet.

Allerdings ist unsere Behauptung aus der angeführten lex nicht so ohne weiteres ersichtlich. Der Fall ist folgender: Es hat jemand einen Sklaven verkauft an Käufer, dessen Vertreter er zugleich ist. Es stellt sich heraus, dass der Sklave Mängel hat, so dass an sich — d. h. abgesehen von denen durch die Stellvertretung herbeigeführten Komplizierungen — Wandlung zulässig wäre. Thatsächlich soll in unserm Fall auch nur in den aufgezählten Ausnahmefällen die Wandlung ausgeschlossen sein. Diese Ausnahmen aber weisen gerade auf die Regel hin, nämlich dass im allgemeinen auch der Verkäufer als Vertreter des Käufers gegen sich wandeln müsse. Ist die Tradition schon vor sich gegangen, so muss Rücktradition erfolgen. Es muss also bei einer

[1]) Vergl. Rümelin a. a. O. S. 126.

solchen Speciessache überhaupt Tradition des Vertreters an sich selbst möglich sein. — Auch hier ist aber Voraussetzung, dass der Vorgang äusserlich sichtbar wird.

Ob nun eine Solution an sich selbst auch möglich sei, wenn andere Sachen als Geld generell geschuldet werden, darüber ist in den Quellen nichts zu finden. U. E. muss die Frage verneint werden. Ein Analogieschluss von Geld auf andere in genere geschuldete fungibele Sachen ist bedenklich, denn sicherlich besteht ein grosser Unterschied zwischen Geld und anderen Fungibilien, da es bei ersteren absolut keinen Qualitätsunterschied giebt. Man kann daher nicht behaupten, die angeführte Stelle, in der nur von Geld die Rede ist, sei als ein Beispiel ganz allgemein für Fungibilien angeführt.

Bemerkt werden muss nur noch zum Schluss, dass ein Selbstkontrahieren des Vertreters bei der Erbschaftsrestitution gemäss dem Sc. Trebellianum ausgeschlossen war. L. 1. §§ 13, 14 und L. 38. § 1 D. ad Sc. Trebellianum 36, 1. Daran knüpfen sich aber keine weiteren Konsequenzen.

Ausser dem Fall des sibi solvere wird in den Quellen ferner das Selbstkontrahieren des Vertreters zugelassen beim Darlehen. Entscheidend ist die L. 9. § 7. D. cit. 26, 7. Non tantum autem sibi solvere tutor, verum etiam sibi creditam pecuniam scribere potest, ut Marcellus libro octavo digestorum scripsit, seque mutua pecunia poterit obligare sibi mutuam proscribendo.

Nicht nur Zahlung, sagt Ulpian, vermag der Tutor als Schuldner an sich als Vormund des Gläubigers zu leisten, sondern auch über das creditierte Geld zu quittieren, ja sogar eine neue Darlehnsschuld zu begründen unter der Voraussetzung einer schriftlichen Schuldverschreibung zur Deckung des Mündels.[1])

Dass die angeführte lex thatsächlich den Beweis erbringt, dass der Vormund aus dem Mündelvermögen ein Darlehn für sich selbst aufnehmen kann, ist bestritten.

[1]) Vgl. Eck in d. Zeitschr. für das gesamte Handelsr. B. 39 S. 269, der zuerst die richtige Übersetzung für scribere mit quittieren gefunden hat.

So behauptet Lepa[1]), dass der Vormund für fähig erklärt werde, sich selbst zum Darlehnsschuldner zu machen, sei nichts Merkwürdiges. Der Vormund hafte ja überhaupt für die Verwaltung des Mündelvermögens. Wenn er nun bekennt, Geld des Mündels für sich als Darlehn genommen zu haben, so hafte er mindestens nach Massgabe des Schuldbekenntnisses, aber auch weitergehende Ansprüche — z. B. dass er das Geld zu höheren Zinsen hätte anlegen können — seien nicht ausgeschlossen. — Lepa will also mit anderen Worten gar nicht zugeben, dass ein wirkliches Darlehen entstanden sei, sondern meint, dass nur eine Verwaltungshandlung vorliegt und gegen den Vormund also nur mit der actio tutelae vorgegangen werden müsse.

Diesen Ausführungen können wir durchaus nicht zustimmen. Die Worte mutua pecunia se obligare und sibi mutuam proscribere deuten unwiderleglich darauf hin, dass es sich um ein wirkliches Darlehn handelt. — Anders sucht Muskat[2]), der ja auch auf dem Standpunkt der Unmöglichkeit des Selbstkontrahierens steht, den Konsequenzen dieser Stelle zu begegnen. Er zieht zu diesem Zweck die L. 54. D. cit. 26, 7 heran. Tryphoninus schreibt hier: Non existimo maximis usuris subiciendum eum, qui a contutoribus suis mutuam pecuniam pupilli accepit et cavit certasque usuras promisit, quas et alii debitores pupillo dependunt, quia hic sibi consumpsit non clam nec quasi sua pecunia licenter abutitur et, nisi his usuris a contutore mutuum ei daretur, aliunde accepisset: et multum refert, palam aperteque debitorem se ut extraneum et quemlibet faceret pupillo an sub administratione tutelae pupillique utilitate latente (latens: Mo.) sua commoda pupilli pecunia iuvaret.

Hier, meint Muskat, seien deutlich die Voraussetzungen angegeben, unter denen erst die Entnahme eines Darlehns aus dem Mündelvermögen zulässig sein soll, „vor allem muss der Mitvormund dem Tutor das Darlehn gegeben haben". —

---

[1]) Lepa a. a. O. S. 241. Vgl. Bechmann a. a. O. II. S. 289. Anm. 4.
[2]) Muskat a. a. O. S. 529 ff.

Von diesem Erfordernis ist aber unsers Erachtens in der L. 9. § 7 cit. mit dem besten Willen nichts zu finden. In Wahrheit wird vielmehr hier ohne Rückhalt anerkannt, dass der Vormund selbst für sich ein Darlehn aus dem Vermögen des Mündels in seiner Eigenschaft als dessen Vertreter nehmen darf.

Da nun das Darlehn nach der absolut herrschenden Meinung ein Vertrag ist, so haben wir das an die Spitze gestellte Resultat gefunden, dass die Quellen das Selbstkontrahieren des Vormundes als Vertreter des Mündels in Bezug auf das Darlehn anerkennen. — Wiederholt seien nur noch einmal die Schlussworte der lex: et multum refert palam aperteque debitorem se faceret pupillo an . . . . , die für die L. 9. § 7 eine erhöhte Bedeutung gewinnen.

Nicht beistimmen können wir nun Römer,[1]) wenn er meint, die Stelle spräche auch von dem Fall, „da jemand aus seinem eigenen Vermögen an sich in seiner Eigenschaft als tutor, somit als Vertreter des Mündels, Geld als Darlehn giebt.“[2])

Dass es sich hier nicht um ein Darlehn, vom Vormund an den Mündel gegeben, handeln kann, beweist, ganz abgesehen von der grammatischen Frage der Möglichkeit, die L. 5 pr. D. de auctoritate et consensu tutorum et curatorum 26, 8 pupillus obligari tutori eo auctore non potest. Plane si plures sint tutores, quorum unius auctoritas sufficit, dicendum est, altero auctore pupillum ei posse obligari, sive mutuam pecuniam ei det sive stipuletur ab eo. Sed si cum solus sit tutor mutuam pecuniam pupillo dederit vel ab eo stipuletur, non erit obligatus tutori: naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus est: nam in pupillum non tantum tutori verum cuivis actionem in quantum locupletior factus est dandam, Divus Pius rescripsit.

Hieraus geht hervor, dass ein Vertrag, cum solus sit tutor, d. h. wenn kein anderer Vormund da war, um seine

[1]) Römer a. a. O. S. 73.

[2]) Auch Windscheid hält diese Auslegung für bedenklich. Bd. 2 § 440 Anm. 8. (7. Aufl.)

auctoritas erteilen zu können, nicht zustande kommt, sondern nur ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung besteht.

Obgleich nun in der besprochenen Stelle L. 9 § 7 nur vom Vormund die Rede ist, so kann man doch die Zulässigkeit des selbstkontrahierten Darlehns weiter ausdehnen auf Vertreter juristischer Personen, Generalbevollmächtigte etc., denn sicherlich ist es kein Ausnahmefall, dass nämlich gerade nur ein Vormund ein Darlehen selbst kontrahieren könne, sondern der Fall des Vormundes ist nur als ein Beispiel gewählt.

Ausgeschlossen nur ist eine solche Darlehnsaufnahme aus naheliegenden Gründen für Staatsbeamte, die nicht aus den von ihnen verwalteten Kassen sich Geld als Darlehn nehmen dürfen, c. l. 2. Cod. de his quae ex publ. collat. 10, 75.

Als letztes Beispiel des Selbstkontrahierens finden wir in den Quellen den Verkauf des Vertreters von Sachen des Vertretenen an sich. Das muss unbedingt auffallend erscheinen, denn der Kauf gilt doch als Konsensualvertrag, und hier haben die Römer keine direkte Stellvertretung zugelassen.

In der Erklärung dieser Thatsache, dass, obwohl auf dem Gebiete der Konsensualverträge im römischen Recht eine direkte Stellvertretung nicht anerkannt war, in dem besprochenen Fall doch das Selbstkontrahieren des Vertreters zugelassen war, schliessen wir uns Römer an, der etwa folgendes ausführt (S. 78 ff.): Dass das römische Recht auf dem Gebiet der Konsensualverträge die direkte Stellvertretung nicht zulässt, trifft bei der emptio venditio nur zu, soweit dieselbe betrachtet wird als auf die Erzeugung von Obligationen gerichtet, nämlich einerseits auf die Obligation des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises, und andererseits des Verkäufers zur Gewährung des Habens der verkauften Sache. Das ist aber gar nicht der nächste Inhalt der Verkaufserklärung. „Ihr nächster Inhalt," sagt Windscheid,[1]) ist eben

[1]) Windscheid II § 389 Anm. 2.

der, dass der Verkäufer die Sache haben soll, und eine Verbindlichkeit ergiebt sich aus der Vertragserklärung nur dadurch, dass der wirkliche Zustand ihr nicht entspricht.“ In erster Linie ist also der Inhalt der emptio venditio der unmittelbare thatsächliche Austausch von Vermögensleistungen, nicht das Versprechen solcher. Wenn man das festhält, dann ist die Stellvertretungslehre des römischen Rechtes kein Hindernis mehr für die Möglichkeit des Verkaufs des Stellvertreters an sich selbst, weil inbezug auf den Besitz und Eigentumserwerb direkte Stellvertretung im römischen Recht anerkannt ist.

Ausgehen müssen wir bei diesen unseren Betrachtungen des selbstkontrahierten Kaufes von dem Grundsatz der L. 34 § 7 D. de contrahenda emptione 18, 1: tutor rem pupilli emere non potest, idemque porrigendum est ad similia, id est curatores, procuratores et qui negotia aliena gerunt. Der selbstkontrahierte Kauf war unzulässig, war verboten.

Eine Ausnahme aber wird nun gemacht zu Gunsten des Auktionskaufes, und zwar nur des Auktionbarkaufes; auszuscheiden ist der Auktionskreditkauf. Rümelin will allerdings auch diesen zulassen. Er beruft sich auf L. 47 § 6 D. cit. 26, 7: Altero ex duobus fratribus sociis bonorum et negotiationis defuncto, herede filio, patruus tutor venditis omnibus communis negotiationis mercibus et sibi redemptis negotium suo nomine exercuit. Die Worte venditis omnibus communis negotiationis mercibus et sibi redemptis sind sehr verschieden interpretiert worden. Unsers Erachtens beweisen sie, dass gar nicht der tutor der Verkäufer ist, sondern man muss sich als Verkäufer einen Auktionator hinzudenken.[1])

Der Akt des Selbstkontrahierens wird beim Auktionskauf positiv anerkannt vor allem in L. 2 § 8 D. pro emptore 41, 4: tutor ex pupilli auctione rem quam eius putabat esse, emit. Servius ait posse eum usucapere: in cuius opinionem decursum est eo, quod deterior causa pupilli non fit, si propius habeat emptorem, et, si minoris emerit, tutelae iudicio

[1]) So Eck a. a. O. S. 271.

tenebitur, ac si alii minoris adixisset: idque et a Divo Trajano constitutum dicitur. Ein Vormund hat über Sachen, die dem Mündel gehörten, Auktion abgehalten. Eine von den Sachen, die er versteigert hat, hat er für sich gekauft in dem guten Glauben, dass sie dem Mündel gehöre. In Wahrheit aber ist ein Dritter Eigentümer derselben. Servius lehrt nun, dass der Vormund dieselbe ersitzen könne. Das liefert uns den Beweis, dass thatsächlich für den Vormund die Möglichkeit gegeben ist, bei der Auktion auf Grund des Kaufes Eigentum zu erwerben.[1])

Hinzuzufügen bleibt nur noch zum Schluss, dass wie bei der Darlehnsentnahme, die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens unter den geschilderten Umständen beim Kauf von den tutores ausgedehnt werden kann auf andere Arten von Vertretern, speziell auch auf Spezialbevollmächtigte. Gerade hier wird letzteres am ehesten praktisch werden.

Wie beim Darlehn, findet sich auch hier das Verbot, dass ein Beamter bei der Versteigerung nicht an sich selbst verkaufen darf.

Erwähnung finden muss noch bei unserer Betrachtung des Quellenmaterials die Novelle 72. In derselben offenbart sich die Fürsorge Justinians für die rechtlich unselbständigen Personen, die strenger Gesetze zu ihrem Schutze bedürfen. In der genannten Novelle ist das Selbstkontrahieren des Vormundes als Vertreters des Mündels mit sich geradezu verboten. Es wird einerseits angeordnet, ut nemo qui res defuncti et minorem ipsum eiusve res obligatas se habere dicit, aut aperte illi obligatus est, ad tutelam ejus accedat. Hat der Vormund verheimlicht, dass derartige Verbindlich-

[1]) Fitting im Archiv für civil. Prax. Bd. 51 S. 407 behauptet, dass ein Titel zur Usukapion nicht vorliege, weil es eben einen derartigen Kauf gar nicht geben könne. Nur aus Utilitätsgründen, weil ja durch die öffentliche Auktion kein Nachteil des Vertretenen zu befürchten sei, habe das römische Recht die Ersitzung zugelassen. Darin liege eben eine Abweichung von der Regel, eine Singularität. Das ist aber eben nur eine Behauptung, denn es ist nicht der geringste Beweis erbracht, dass die Römer hier die Grundsätze der Ersitzung durchbrochen haben. So auch Rümelin.

keiten zwischen ihm und dem Mündel bestehen, so sollen alle seine Aktionen hinfällig sein, quod de industria contra hanc nostram legem id dissimulaverit. Ist der Vormund andererseits Schuldner des Mündels, so soll er sich nicht befreien können von diesen seinen Verbindlichkeiten. Hat er aber durch Cession sich zum Gläubiger des Mündels gemacht, so sollen diese Cessionen irritum, nichtig sein.

Mit Sicherheit kann man aus diesen Stellen und der ratio legis schliessen, dass erst recht das Selbstkontrahieren des Vormundes absolut ausgeschlossen sein soll.

Praktische Konsequenzen hat dieses Verbot der Novelle wohl kaum. Einmal muss dieselbe als ein Ausnahmegesetz strikte interpretiert werden, so dass das Verbot thatsächlich nur auf den Vormund beschränkt bleibt, dann aber auch — und darin stimmen wir Dernburg[1]) vollkommen bei — entspricht diese Novelle, obwohl glossiert, den heutigen wirtschaftlichen Verhältnissen so wenig, dass sie von der Praxis nicht beobachtet wird.

Für das gemeine Recht werden wir nun vor die entscheidende Frage gestellt, ob wir bei den aus den Quellen gewonnenen positiven Resultaten stehen bleiben sollen, dieselben höchstens durch naheliegende Analogieschlüsse auszudehnen suchen sollen — oder ob wir von dem Standpunkt der modernen direkten Stellvertretung aus, frei von kasuistischem Zwange, das sog. Selbstkontrahieren des Vertreters betrachten können und dürfen, so dass das römische Recht nur die Grundlage bildet für den Aufbau des gemeinen Rechtes. — Beide Ansichten finden wir in der Litteratur vertreten, ohne dass eine von ihnen als die wirklich herrschende anerkannt ist.

Die beiden Faktoren, die in erster Linie mitgewirkt haben zur Umbildung und Ausgestaltung des römischen Rechtes, das kanonische Recht und das deutsche Recht, geben uns keinen Anhalt zur Entscheidung der Frage.[2])

[1]) Dernburg, Pandekten Bd. 3 § 49 Anm. 8.

[2]) Allerdings finden wir eine Stelle im corpus juris canonici, die ganz im allgemeinen die Negation des Selbstkontrahierens ausspricht.

Es sind daher lediglich systematische und praktische Erwägungen, die uns bei der Entscheidung leiten müssen. Hervorgehoben aber sei nochmals ausdrücklich, dass wir immer nur von dem Ergebnis, das uns die Quellen geliefert haben, unsern Ausgangspunkt nehmen dürfen, nie also zu einem Resultat kommen dürfen, das im prinzipiellen Gegensatz zu den Quellen steht.

Was uns die Quellen zu unserem Problem geliefert haben, ist unleugbar nur Kasuistik. Ein einheitliches Prinzip lässt sich nicht finden. Und das ist ganz selbstverständlich, wenn wir uns wieder vergegenwärtigen, dass das römische Recht auf dem Standpunkt der indirekten Stellvertretung, die das Selbstkontrahieren begrifflich unmöglich erscheinen lässt, stehen geblieben ist, und nur als Ausnahme die direkte Stellvertretung in einigen Fällen zugelassen hat. — Das gemeine Gewohnheitsrecht hat aber im Gegensatz dazu die direkte Stellvertretung angenommen. In der That liegt da der Schluss nicht fern, zu sagen: Da die Ausnahme der direkten Stellvertretung des römischen Rechtes im gemeinen Recht zum Prinzip erhoben ist,[1]) so ist damit auch die Ausnahme des Selbstkontrahierens des römischen Rechtes, das wir bei der Ausnahme der direkten Stellvertretung angewandt finden, im gemeinen Recht zum Prinzip erhoben worden; und nur dort ist dasselbe ausgeschlossen, wo positive Bestimmungen dem entgegenstehen.[2]) Es erscheint uns dieser Schluss geradezu als ein Postulat unserer juristischen Konstruktion des Selbstkontrahierens.

Unterstützt werden diese Deduktionen noch durch die Dringlichkeit des praktischen Bedürfnisses. Man muss sich

---

Es sind dies die Worte im cap. 7. X. 3, 7: cum inter dantem et accipientem debeat esse distinctio personalis. — Allein wie Rümelin S. 217 hervorhebt, geht schon aus einer Bemerkung des Bartholus hervor, dass in Bezug auf diesen Punkt das kanonische Recht das römische Recht keineswegs überwunden habe.

[1]) So die absolut herrschende Meinung. Vergl. Windscheid, B. I. § 73 n. 16 S. 301.

[2]) So auch Meissel a. a. O. S. 524.

nur daran erinnern, dass die direkte Stellvertretung und im Zusammenhange damit auch das prinzipielle Zulassen des Selbstkontrahierens deshalb im römischen Recht so leicht entbehrlich war, weil ein weitgehender Ersatz in der notwendigen Stellvertretung der Sklaven und Gewaltunterworfenen sich fand.

Es sind daher die wenigen in den Quellen entschiedenen Fälle für unsere Zeit durchaus zu spärlich, die alte Form des Rechtes passt nicht mehr für den modernen Verkehr. Und hinzu kommt noch, dass die modernen Vertragsformen infolge des häufigen Erfordernisses der Schriftlichkeit, der notariellen Beurkundung oder gerichtlichen Eintragung durchaus geeignet sind, im weiten Masse das Selbstkontrahieren zuzulassen. In den Handelsbüchern der Kaufleute, in den Forderungen der genauen Buchführung und Rechnungslegung durch das Vormundschaftsgericht, in den Aufzeichnungen und Eintragungen der Grundbücher sehen wir eine weitgehende Garantie, dass der Vertretene nicht zu Schaden kommt. —

Wir verwerfen darum die Ansicht derer, die bei dem römischen Standpunkt der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens stehen geblieben sind. Nicht die einzelnen zufällig entschiedenen Fälle der römischen Quellen, sondern die aus diesen Entscheidungen gewonnenen allgemeinen Regeln bilden bei unserer Frage den Massstab für das geltende Recht und müssen die Richtschnur bilden für die praktischen Entscheidungen.

Auf diesem Standpunkt steht auch das Reichsgericht.[1]) Ganz allgemein wird die Möglichkeit zugegeben, dass der Vertreter einer Person mit sich selbst im eigenen Namen oder für einen anderen Vertretenen Verträge schliessen kann. „Dem Zustandekommen eines derartigen Vertrages“ heisst es, „können dann allerdings im einzelnen Falle Hindernisse entgegenstehen, welche sich aus besonderen gesetzlichen Vorschriften oder aus den Willen der Vertretenen oder aus allgemeinen Grundsätzen über die Schliessung von Verträgen

[1]) Bd. 6, S. 15 ff.

ergeben.“ Es wird also mit anderen Worten verlangt, dass der Vertrag des Vertreters mit sich selbst gewissen allgemeinen Erfordernissen entspricht.

Die erste und wichtigste Bedingung, die auch in den Quellen wiederholt gefordert wird, um einen gültigen Vertrag anzuerkennen, ist, dass der Vertragswille sich deutlich vor aller Welt darstelle. Die zweite Bedingung ist: es darf keine direkte Interessenkollision vorliegen. Auch dieser Fall ist in den Quellen von grundlegender Bedeutung. Allein die Furcht vor einer unausbleiblichen Interessenkollision scheint es gewesen zu sein, dass nicht allgemein beim Barkauf das Selbstkontrahieren zugelassen ist. Denn nur durch die Auktion war es möglich, einen den gegebenen Verhältnissen entsprechenden Preis festzustellen. Anders ist das heute. — Man hat behauptet, es könne bei dem sog. Selbstkontrahieren des Vertreters eine solche Interessenkollision nie vermieden werden. Das ist unrichtig. Man denke nur an die unzähligen Fälle der Verträge über Waren mit Markt- und Börsenpreisen. Welche Interessenkollision sollte vorliegen, wenn der A. als Vertreter des B. an sich als Vertreter des C. auftragsgemäss an einem bestimmten Tage zum Tageskurs 1000 Stück preussische Konsols verkauft und kauft? —

Ausgeschlossen aber ist aus diesem Grunde die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens bei allen aleatorischen Verträgen: Spiel, Wette, Differenzgeschäft. Es kann niemand mit sich selbst als Vertreter eines andern einmal à la hausse und dasselbe mal à la baisse spekulieren.

Immerhin mögen gegen diese weite Ausdehnung der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens, Bedenken praktischer Art vorhanden sein, nämlich dass doch leicht, insbesondere in dem Fall, wo der Vertreter in dieser seiner Eigenschaft mit sich als Privatperson kontrahiert, eine Benachteiligung des Vertretenen vorkommen können. — Aber einmal dient in der That das erwähnte Erfordernis, dass Interessenkollision nicht vorliegen darf, als eine Art Regulator. Ein Vertrag, den der Vertreter zum offenbaren Vorteil seiner selbst oder der andern von ihm vertretenen Partei abschliesst, wird immer

anfechtbar sein, sei es mit der Kontraktsklage selbst, sei es mit der Berufung auf dolus.[1])

Ausserdem können ja aber die Parteien durchaus nach ihrem Belieben die Vollmacht des Vertreters beschränken und das Selbstkontrahieren vertragsmässig ganz ausschliessen. Bei der gesetzlichen Vertretung durch den Vormund muss eben das Vormundschaftsgericht Fürsorge treffen; auch ein ev. Gegenvormund schliesst Benachteiligung des Mündels aus. Endlich sei noch erwähnt, dass auch Gesetzesvorschriften ein für alle mal das Selbstkontrahieren des Vertreters ausschliessen können. So ist noch das Verbot für Beamte im gemeinen Recht bestehen geblieben, aus den von ihnen verwalteten Kassen sich ein Dahrlehn zu entnehmen. Der Einwand, dass diese Vorschrift des justinianeischen Rechtes einen öffentlich rechtlichen Charakter trage und darum nicht rezipiert sei, ist als unrichtig zu verwerfen.

Dieselbe Frage, die wir eben für das gemeine Recht erörtert haben, ob prinzipiell das Selbstkontrahieren zulässig sei, oder nur in bestimmten Ausnahmefällen, kehrt wieder in den Beratungen zum B.G.B., wo sie allerdings von einem anderen, einem rein praktischen Standpunkt aus, betrachtet und erwogen wird.[2])

Der erste Entwurf steht in einem schroffen Gegensatz zu dem zweiten Entwurf und dem B.G.B. Ausgehend von der begrifflichen Möglichkeit des Selbstkontrahierens stellt der Entwurf I das Prinzip auf, dass dasselbe grundsätzlich zulässig sein soll. — Ausdrücklich ausgesprochen finden wir diese Regel zwar nicht. Einige Paragraphen verbieten das

---

[1]) Dernburg Pandekten Bd. I S. 284 § 119 Anm. 16 meint, wo immer eine Interessenkollision zu befürchten sei, da reiche die Vollmacht des Vertreters nicht aus und es könne daher garnicht zum Geschäftsschluss kommen.

[2]) Das A.L.R. enthält keine Vorschrift über unsere Frage, es besteht hier derselbe Streit wie im gem. Recht. Das Reichsgericht hat auch für das preuss. Recht die Möglichkeit und die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens anerkannt. — Das rheinisch-französische Recht lässt ein Kontrahieren mit sich selbst nicht zu.

Selbstkontrahieren, so § 45 (Rechtsgeschäfte zwischen Mitgliedern des Vorstandes einer Körperschaft und der Körperschaft selbst, sofern es nicht ausschliesslich in Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht) § 50_4 § 61 etc. Andererseits sind wieder einige Anwendungsfälle besonders hervorgehoben, z. B. § 805_2. „Ist der bisherige Besitzer berechtigt, den andern in Ansehung seines Besitzerwerbes zu vertreten, so genügt zum Besitzerwerbe des andern jede Handlung des bisherigen Besitzers, durch welche der letztere den Willen kundgiebt, die thatsächliche Gewalt für den andern auszuüben.“ [1]) Ferner gehören hierher §§ 1168, 1326_2.

Aus diesen zitierten Einzelfällen, insbesondere in Verbindung mit den Motiven, müssen wir daher mangels einer positiven Rechtsnorm das Prinzip entnehmen, dass das Selbstkontrahieren zulässig sein soll. — Die Motive (Band I S. 224) sind der Ansicht, dass „die Frage, ob jemand einerseits für sich und in eigenem Namen, andererseits als Vertreter eines andern und in dessen Namen handeln und so einen Vertrag zwischen sich und dem andern schliessen könne, nach den allgemeinen Grundsätzen bejaht werden müsse“. Hiervon ausgehend, hielt der Gesetzgeber es wohl nicht für erforderlich, die Anerkennung der allgemeinen Zulässigkeit des Selbstkontrahierens noch besonders normieren zu müssen. Nur die Ausnahmen darum als Verbote sind ausdrücklich hervorgehoben. Auf diese Auffassung deuten auch die Worte hin: „Es verdient daher den Vorzug, von der Zulässigkeit eines derartigen Handelns in Vertretung, soweit dasselbe nicht gegen allgemeine Rechtsnormen verstösst, an sich auszugehen und die Regel da, wo besondere Gründe deren Beugung erheischen, durch Sondervorschriften zu durchbrechen“. (Motive Band I S. 225). Ein Verstoss gegen die allgemeinen Rechtsnormen wäre gegeben in Fällen eklatanter Interessenkollision; hier hätte dann der § 106 (= B.G.B. § 138, in etwas veränderter Form) geholfen.

[1]) Ob dieser Paragraph thatsächlich unter das Selbstkontrahieren fällt, ist bestritten, vgl. aber Motive III S. 99.

Hervorzuheben ist noch, dass der Entwurf einen Unterschied macht zwischen Vertretung kraft Vollmacht und der gesetzlichen Vertretung. In letzterem Falle ist das Kontrahieren mit sich selbst mehrfach beschränkt. Einmal darf, wie schon erwähnt, gemäss § 45 ein Vorstandsmitglied einer Körperschaft nicht mit sich als Privatperson Rechtsgeschäfte, die nicht ausschliesslich in Erfüllung eines Vertrages bestehen, abschliessen oder einen Rechtsstreit führen.[1]) Ebenso sind im Familienrecht alle Rechtsgeschäfte zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen ausgeschlossen, mit Ausnahme wieder solcher, die ausschliesslich in Erfüllung eines Vertrages bestehen. Die Rechtsgeschäfte zwischen mehreren Vertretenen und einem Vertreter sind analog § 45 zugelassen mit einigen Annahmen, die sich aus § 1651 Z. 3—4 ergeben.

Von der gleichen Grundlage wie der erste Entwurf, nämlich der Anerkennung der begrifflichen Möglichkeit ausgehend, verwirft der zweite Entwurf und ihm folgend das B.G.B. selbst prinzipiell die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens. Massgebend für diese Entscheidung waren natürlich nur praktische Interessen und Bedürfnisse. Die Protokolle (Band I S. 175) führen aus: Für die gesetzgebende Behandlung könne nur massgebend sein, ob und inwieweit die Zulassung mit der Verkehrssicherheit verträglich bezw. durch das Verkehrsbedürfnis gefordert sei. „In dieser Hinsicht sei für die Regel davon auszugehen, dass das sog. Selbstkontrahieren stets die Gefahr eines Konfliktes der Interessen und einer Schädigung des einen oder anderen Teiles mit sich bringe, und dass es deshalb, soweit nicht durch das Gesetz oder durch die Vollmacht dem Vertreter ein anderes gestattet sei, ausgeschlossen werden müsse.“[2])

Der § 181, welcher die Norm für unsere Frage giebt,

---

[1]) Zulässig ist daher, dass der Vorstand einer juristischen Person mit sich als Vorstand einer anderen juristischen Person kontrahiere.

[2]) In diesem Sinne äussert sich auch die Denkschrift S. 30: „Da in diesen Fällen stets die Gefahr eines Widerstreites der Interessen vorhanden ist, so empfiehlt es sich, die Zulässigkeit einer solchen Vertretung grundsätzlich auszuschliessen.“

lautet: „Ein Vertreter kann, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschliesslich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht."

In andere Form gebracht heisst das: Das Selbstkontrahieren ist begrifflich möglich. Es ist prinzipiell unzulässig, und zwar auch in der Art, worauf Neumann[1]) aufmerksam macht, dass A. als Vertreter des B. mit seinem eigenem Vertreter namens des B. kontrahiert, wodurch die Vorschrift die § 181 gänzlich illusorisch gemacht werden könnte. Zulässig ist es nur, soweit das vorgenommene Rechtsgeschäft ausschliesslich in Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

Naturgemäss handelt es sich nur um Stellvertretung bei Rechtsgeschäften in vermögensrechtlicher Beziehung, und zwar sowohl bei Verträgen, wie auch bei einseitigen Rechtsgeschäften. Soweit überhaupt Rechtsgeschäfte anderer Art in Frage kommen können, wird regelmässig hier die Vertretungsmacht des Stellvertreters, wenn auch nur stillschweigend ausgeschlossen sein. — Ergänzt werden sollten die Vorschriften des § 181 durch einen Paragraphen, der C.P.O. (§ 53 a) des Inhalts, dass der Kläger nicht gegen sich selbst als Vertreter eines Anderen einen Prozess führen könne. Aber diese Unmöglichkeit folgt schon aus der Struktur des Prozesses, und daher ist auch diese Vorschrift als selbstverständlich gestrichen werden.

Als ersten Fall der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens haben wir das erwähnte Erfüllen einer Verbindlichkeit zu betrachten. Gleichgültig ist es, ob eine Verbindlichkeit des Vertretenen gegenüber dem Vertreter, oder ob eine Verbindlichkeit des Vertreters gegenüber dem Vertretenen, oder ob die Verbindlichkeit mehrerer von derselben Person Vertretenen gegen einander in Frage steht.[2]) Voraussetzung der Wirksamkeit eines solchen Erfüllungsgeschäftes ist natürlich, dass dasselbe in dem Bereich der Vertretungsmacht

[1]) Neumann, Handausgabe des B.G.B. Anm. zu § 181 (S. 98).

[2]) Planck, Anm. 1 zu § 181.

liegt. Praktische Bedeutung wird daher, wie Planck bemerkt, diese Ausnahme wohl nur bei gesetzlichen Vertretern und Generalbevollmächtigten haben.

Bei der Geschäftsführung ohne Auftrag hängt es davon ab, ob der Handelnde das Erfüllungsgeschäft im Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmasslichen Willen geführt hat und infolgedessen die Genehmigung erfolgt ist; im Falle des § 679 kommt ein entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn nicht in betracht.

An das genannte Rechtsgeschäft „des Erfüllens einer Verbindlichkeit" knüpfen sich aber nur Rechtswirkungen, wenn dasselbe klar zu Tage tritt. „Monologe" sind wie im gemeinen Recht so auch hier rechtlich irrelevant. — Diese äusserliche Kundgebung kann nun auf die verschiedenste Weise geschehen, indem der Vertreter entweder Geld von einer Kasse in die andere legt, oder durch Buchungen, oder vor Zeugen, durch notarielle Beurkundung vor dem Grundbuch[1]) etc. Ist eine bestimmte Form vorgeschrieben, so muss derselben genügt werden. Damit ist dann nach aussen rechtsverbindlich Eigentumsübertragung des geschuldeten Gegenstandes — sei es durch Übereignung an sich selbst durch brevi manu traditio, sei es durch Übereignung an den Vertretenen durch constitutum posessorium — und so Erlöschen der bestehenden Verbindlichkeit erfolgt. Weder bedarf es nun irgend einer Mitteilung an den Vertretenen noch irgend welcher Genehmigung, noch auch ist ein Widerruf zulässig. — Freilich kann, falls dem Anspruch des Vertreters eine dauernde Einrede entgegenstand, der Vertretene das von ihm durch den Vertreter an diesen zum Zweck der Erfüllung Geleistete nach § 813 zurückfordern.

Was ist nun aber Erfüllen einer Verbindlichkeit? Nirgends finden wir eine positive Bestimmung, was das Gesetz unter einer Verbindlichkeit verstanden wissen will. Wir müssen also aus dem Begriff selbst die Abgrenzung finden.

[1]) In wie weit die Gestattung hier urkundlich nachgewiesen werden muss, bestimmt sich nach G.O. § 29.

In jedem Falle einer Obligation, d. h. des Bestehens von Beziehungen zwischen zwei Personen, welche dem Einen ein Recht auf eine Leistung gegenüber dem Andern geben, stehen sich gegenüber Forderung und Verbindlichkeit. Ganz allgemein wird man also vielleicht sagen können, Verbindlichkeit sei eine geschuldete Leistung. Wird dieselbe bewirkt, so ist die Verbindlichkeit erfüllt. Es sind Erlöschen eines Schuldverhältnisses durch Erfülllung und Erfüllung einer Verbindlichkeit von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet, ein und dasselbe. Jedes Schuldverhältnis begründet eine Verbindlichkeit, jede Verbindlichkeit besteht kraft eines Schuldverhältnisses. Wird die Verbindlichkeit erfüllt, so ist das Schuldverhältnis durch Erfüllung erloschen.

Kein Schuldverhältnis in diesem Sinne sind darum auch Spiel und Wette etc., obwohl sie äusserlich unter dem Abschnitte „Einzelne Schuldverhältnisse“ stehen, denn sie begründen keine Verbindlichkeit; mit Recht hat man sie daher unvollkommene Schuldverhältnisse genannt. Dagegen besteht ein wirkliches vollkommenes Schuldverhältnis fort, wenn auch der Anspruch auf die geschuldete Leistung verjährt ist, d. h. derselbe nicht im Wege der Klage verfolgt werden kann.[1]) Als Beweis dient einmal, dass unter Umständen eine Aufrechnung verjährter Ansprüche möglich ist (§ 390), dann aber auch die Möglichkeit des „Wiederklagbarmachens“ eines verjährten Anspruches durch vertragsmässiges Anerkenntnis und Sicherheitsleistung (§ 222_2)[2]).

Die Rechtsbeziehungen, welche sich ergeben aus Spiel und Wette etc., sind daher fundamental verschieden von den jenigen, welche sich an eine verjährte Forderung knüpfen.

[1]) Vgl. Mathiass, Lehrbuch des B.G.B. Bd. I S. 262 § 64 I. D. Die Verjährung berührt den Anspruch in seinem Bestande nicht, noch weniger das Recht, aus dem der Anspruch hervorgeht.

[2]) Woraus unseres Erachtens hervorgeht, dass trotz der Worte § 194 „das Recht von einem Andern ein Thun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung“, im Grunde das B.G.B. nicht eigentlich Anspruchsverjährung, sondern nur Verjährung des Klagerechts anerkennt; vgl. Eck. Sammlung v. Vorträgen über d. Entw. d. B.G.B. S. 76.

Im ersteren Falle wird eine Verbindlichkeit nicht begründet, es entsteht also keine Forderung, kein Anspruch. Wird aus einem Spiel eine Schuld eingeklagt, so muss die Klage ipso jure vom Richter zurückgewiesen werden, weil gar kein Anspruch vorhanden ist. Wird aber eine verjährte Forderung eingeklagt, so wird der Klage stattgegeben, es sei denn, dass die Gegenpartei als Einrede die Verjährung vorschützt. In diesem Falle besteht also auf der einen Seite eine klagbare Forderung, eine einklagbare Verbindlichkeit auf der andern Seite. Aber zu Gunsten der Verbindlichkeit ist in der Verjährung ein Gegenrecht gegen die Forderung erwachsen: eine Einrede, welche den Anspruch in seiner Durchführung lahm legt. Die Verbindlichkeit bleibt bestehen, sie ist nicht materiell vernichtet. Wird eine verjährte Forderung bezahlt, so ist eine Verbindlichkeit erfüllt.

Diese Ausführungen sind für unsere Frage von der grössten Bedeutung; denn unmittelbar folgt daraus, dass der Vertreter an sich eine verjährte Forderung des Vertretenen erfüllen kann[1]) und ebenso natürlich umgekehrt.[2])

Erfüllt der Vertreter dagegen eine Spielschuld des Vertretenen an sich, so kann der Vertretene zwar die Erfüllung der Spielschuld als solche nicht rückgängig machen gemäss § 762, aber das ganze Geschäft ist unwirksam, weil es nicht in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestand.

Fraglich mag nun noch erscheinen, was das Gesetz unter „Erfüllung“ versteht. Wollten wir diesen Ausdruck im streng technischen Sinne fassen, als das rein thatsächliche Bewirken der geschuldeten Leistung, als „Befriedigung des Gläubigers durch Beschaffung der dem Schuldner obliegenden Leistung zum Zwecke der Aufhebung des Schuldverhältnisses und mit der Wirkung der Aufhebung,“[1]) so würde diese Be-

[1]) contra Hölder Comment. Anm. 2 zu § 181.

[2]) Die praktisch bedenkliche Konsequenz, dass ja dann durch Cession verjährter gegen den Vertretenen entstandener Forderungen an den Vertreter diese alle zur Erfüllung gebracht werden könnten, erscheint im Hinblick auf die Haftung des Vertreters aus dem Vertretungsverhältnis gemildert.

[1]) Matthiass a. a. O. Bd. I § 92 II S. 374.

stimmung für die Anwendung des § 181 unzweifelhaft zu eng sein; müssten wir doch die Aufrechnung als unzulässig ausscheiden. Hiergegen aber erheben sich gewichtige praktische Bedenken. Denn warum sollte ein gültiges Geschäft vorliegen, wenn der Vertreter 1000 Mark aus seiner Kasse thut und in die Kasse des Vertretenen legt, dann wieder 1000 Mark aus jener Kasse nimmt und in die seine legt? Dagegen kann kein gültiges Geschäft vorliegen, wenn der Vertreter einfach die beiden Forderungen als gegenseitig aufgerechnet bucht? — Von diesen praktischen Erwägungen geleitet, werden wir zu dem Resultat kommen, das auf Grund des der Norm zu Grunde liegenden Sinnes das Gesetz hier das Wort Erfüllung nicht im streng technischen Sinne gebraucht wissen will. Wir werden wohl sagen dürfen, dass stillschweigend, soweit die Vollmacht überhaupt Erfüllungsgeschäfte umfasst, auch die Aufrechnung gestattet ist; denn die Aufrechnung stellt ja auch in ihre Teile zerlegt in der That eine doppelte Erfüllung von Verbindlichkeiten dar. — Dagegen ist eine Leistung an Erfüllungsstatt durchaus unzulässig. Würde man diese zulassen, würde man dem Vertreter gestatten, aliud pro alio zu leisten, so würde das zu den bedenklichsten Konsequenzen führen. Ein fortgesetzter Interessenkonflikt zwischen Vertreter und Vertretenen wäre unausbleiblich.[1])

Umfasst nun die Befugnis des Vertreters solche Erfüllungsgeschäfte, so ist mit der Möglichkeit, die Verbindlichkeit zu erfüllen, unter Umständen auch die Pflicht dazu verbunden infolge des Stellvertretungsverhältnisses. Leistet der Vertreter eine fällige Schuld nicht an sich für den Vertretenen und kommt er in Verzug, so muss er Verzugszinsen zahlen und es treffen ihn alle Nachteile eines säumigen Schuldners. — Dass, soweit es sich um Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt, dieselbe fällig sein muss, wird wohl die Regel sein, unbedingte Voraussetzung ist es aber keineswegs. Je nach der Lage des einzelnen Falles wird auch ein Erfüllen vor

[1]) Vgl. hierzu Cosack, Lehrburch des bürgerl. Rechts S. 228 § 68, IIa.

der Fälligkeit, mag der Vertretene Gläubiger oder Schuldner sein, sehr wohl am Platze sein können. Ergiebt sich aber durch ein vorzeitiges Erfüllen eine Schädigung, so haftet immer der Vertreter aus dem Vertretungsverhältnis. Hierbei ist nun eine Benachteiligung des Vertretenen sowohl denkbar, wenn derselbe Schuldner als auch wenn er Gläubiger ist. Im ersteren Falle wird er, wenn es sich um eine Geldschuld handelt, der Zinsen entbehren, während im letzteren Falle er vorzeitig die Gefahr trägt. Ganz willkürlich ist u. E. die Behauptung Hölders, dass der Vertreter als Schuldner vorzeitig erfüllen könne, dagegen nicht als Gläubiger an sich. Für diese Auffassung bietet das Gesetz keinen Anhaltspunkt. — Bedarf die Verbindlichkeit, um fällig zu werden, einer Kündigung oder Mahnung, so kann der Vertreter dieses einseitige Rechtsgeschäft nicht mit sich vornehmen. Das muss der Vertretene entweder selbst thun, oder bei der gesetzlichen Vertretung der Gegenvormund resp. ein bestellter Pfleger.

Nicht unbedingt nötig ist es, dass der Vertreter „seine“ Verbindlichkeit erfüllt. Denkbar ist der Fall, dass ein Dritter dem Vertretenen etwas schuldet, und der Vertreter selbst an sich für diesen in seiner Eigenschaft als Vertreter des Gläubigers des Dritten die geschuldete Leistung erfüllt. —

Das Selbstkontrahieren kann dem Vertreter in weiterem Umfange ausdrücklich gestattet sein — und das ist die zweite Ausnahme in § 181 von der Regel — einmal kraft Gesetzes und dann kraft Vollmacht der Partei.

Das Gesetz lässt im allgemeinen keine Erweiterungen zu. Für die gesetzliche Vertretung enthalten im Gegenteil die §§ 1795 und 1630 noch weiter gehende Verbote. Nicht nur ist das Selbstkontrahieren des Vaters und des Vormundes in dem gewöhnlichen Umfange ausdrücklich ausgeschlossen („die Vorschriften des § 181 bleiben unberührt“) sondern der Vater resp. der Vormund darf sein Kind (Mündel) nicht einmal vertreten in Rechtsgeschäften zwischen seinem Ehegatten oder einem seiner Verwandten in grader Linie einerseits und dem Mündel andererseits, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschliesslich in der Erfüllung

einer Verbindlichkeit besteht.[1]) Ja, es kann sogar das Vormundschaftsgericht sowohl dem Vater wie dem Vormunde die Vertretung entziehen, wenn das Interesse des Vertretenen (Kind oder Mündel) zu dem Interesse des Vertreters (Vater oder Vormund) oder eines von diesen vertretenen Dritten oder einer der oben erwähnten Personen in erheblichem Gegensatz steht (§ 1796). —

Nur ein Fall ist es — und dieser nimmt daher eine Art Sonderstellung ein — wo das Gesetz weit über den Rahmen des § 181 hinaus das Selbstkontrahieren des Vertreters gestattet. Das ist der Fall des § 1409 für die Verwaltungsgemeinschaft und ganz analog § 1451 für die allgemeine Gütergemeinschaft, wenn die Frau zum Vormund des Mannes bestellt ist.[2]) Der § 1409 lautet: „Steht der Mann unter Vormundschaft, so hat ihn der Vormund in den Rechten und Pflichten zu vertreten, die sich aus der Verwaltung und Nutzniessung des eingebrachten Gutes ergeben. Dies gilt auch dann, wenn die Frau Vormund des Mannes ist.“ — Der Vormund vertritt den Mann natürlicher Weise in allen seinen vermögensrechtlichen Beziehungen. Allein die Verwaltung und Nutzniessung des von der Ehefrau eingebrachten Gutes, trägt unleugbar einen durchaus persönlichen Charakter. Es bedurfte also einer besonderen Vorschrift, dass der Vormund auch diese Rechte und Pflichten wahrzunehmen habe. In diesem Falle, dass die Frau Vormund ist, soll dies analog gelten.

Die Verwaltung und Nutzniessung des Mannes an dem eingebrachten Gut der Frau beschränkt dieselbe so wesentlich, dass sie nicht frei über dasselbe verfügen kann noch auch mit Wirkung für das eingebrachte Gut einen Rechtsstreit führen. Sie bedarf dazu der Einwilligung des Mannes. Diese

[1]) und noch in zwei weiteren Fällen des § 1795.

[2]) Berufen ist die Ehefrau nicht vom Gesetz zur Vormundschaft über ihren Mann, ebenso wie umgekehrt der Mann nicht zum Vormund der Frau berufen ist. Aber beide dürfen vor den kraft Gesetzes Berufenen zum Vormund bestellt werden, die Ehefrau auch ohne Einwilligung des Mannes.

Einwilligung ist ein Recht des Mannes, das sich aus der Verwaltung und Nutzniessung des eingebrachten Gutes ergiebt: Dieses Recht nimmt, in dem Falle, dass die Frau Vormund des Mannes ist, sie selbst wahr. Sie selbst giebt sich als Vertreterin ihres Mannes die Einwilligung. Da nun die Einwilligung unzweifelhaft ein (einseitiges empfangsbedürftiges) Rechtsgeschäft ist, so haben wir hier einen Fall vor uns, wo es dem Vertreter kraft Gesetzes gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich ein Rechtsgeschäft vorzunehmen.

In dieser ihrer Doppelstellung kann nun also die Frau über ihr eingebrachtes Gut verfügen, indem sie sich selbst die notwendige Einwilligung erteilt; ein Rechtsstreit ist dem eingebrachten Gut gegenüber wirksam; die Schulden aus einem Erwerbsgeschäft ergreifen unbedingt das eingebrachte Gut, denn sie kann sich doch unmöglich selbst die Einwilligung zur Führung eines Erwerbsgeschäftes versagen.[1]) — Durch diese Vorschriften soll nach den Motiven[2]) das höchst persönliche Recht des Ehemanns, der Frau ganz den selbstständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes zu untersagen, wenn dieser mit ihrer aus der ehelichen Gemeinschaft gegenüber dem Ehemann entspringenden persönlichen Pflichten unvereinbar ist, nicht berührt werden. — Wie sich allerdings der Gesetzgeber diesen Fall gedacht hat, wenn z B der Mann geisteskrank ist, erscheint höchst problematisch.

Geschützt gegen Benachteiligung durch die Frau ist der Mann dadurch, dass ihm die Ansprüche aus der Vormundschaftsführung gegen dieselbe zustehen. Gerade diese erhöhte Haftung war wohl die Veranlassung zur Regelung der Verhältnisse im obigen Sinne. Man hätte sonst, was ja viel naheliegender gewesen wäre, ganz einfach das Erfordernis der Einwilligung, in dem Falle, wo die Frau die Vormundschaft führt, wegfallen lassen können.

---

[1]) Im gegebenen Falle wäre eine solche Verweigerung und Eintragung eines Widerspruchs in das Güterrechtsregister auch durchaus nichtig schon nach § 138.

[2]) Motive Bd. 4 S. 288.

Auf Grund des § 1915 gelten diese Ausführungen auch für den Fall, dass für den Mann eine Pflegschaft bestellt ist, und die Frau dieselbe führt

Von verschiedenen Seiten[1]) ist als ein Fall der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens der § 1009 angezogen worden. Der genannte Paragraph besagt, dass eine in Miteigentum stehende Sache zu Gunsten eines Miteigentümers belastet werden könne; insbesondere kann ein gemeinschaftliches Grundstück zu Gunsten eines Grundstücks, das im Alleineigentum eines der Miteigentümer steht, belastet werden. — Dass dies eine gesetzliche Ausnahme von der Regel des § 181 sei, halten wir für durchaus unrichtig. Wie sollte hier eine Stellvertretung zu konstruieren sein? Die Gemeinschaft der Miteigentümer ist doch keine juristische Person, deren Vertreter etwa der Alleineigentümer des andern Grundstücks wäre. Wenn das in Miteigentum stehende Grundstück belastet werden soll, so wird der, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgen soll, mit jedem der Gemeinschafter einzeln kontrahieren müssen, denn jeder kann seinen ideellen Anteil frei veräussern und belasten. Auch für sich selbst vermag der Alleineigentümer in seiner Eigenschaft als Miteigentümer zu Lasten seines ideellen Eigentumanteils Rechte zu erwerben. Diese können rein formell sein, insofern der ideelle Anteil materiell unberührt bleibt, weil schon das Eigentum an sich dieses Recht gewährt. Sie können aber auch materiell sein, wie z. B. ein Pfandrecht; denn, sofern nur das neu hinzukommende Recht dem Eigentümer ein Recht gegenüber anderen Berechtigten verleiht, lässt der Eigentumsbegriff es völlig zu, dass eine Erweiterung des Machtinhaltes an der eigenen Sache mittels eines andern hinzutretenden Rechtes geschieht.[2]) — Aus der Duplizität der Stellung des Miteigentümers einmal als Einzelner und dann als Miteigentümer als

[1]) Fischer-Henle, Anm. zu § 1009, Meissner Commentar S. 168. Anm. 2. zu § 181. Endemann, Einführung i. d. Studium des B.G.B. S. 345 § 80. IV.

[2]) So Hartmann in Iherings Jahrb. Band I S. 97 schon für das gemeine Recht.

solcher lässt sich noch keineswegs ein Selbstkontrahieren des Vertreters konstruieren. —

Das Gesetz umgrenzt das Selbstkontrahieren zweifellos ziemlich eng, ja man kann sagen, es ist auf das Mindestmass zurückgedrängt, welches das praktische Bedürfnis erfordert. Reicht dieses Mindestmass für einen konkreten Fall nicht aus, so bleibt nur übrig, dass dem Vertreter durch die Partei ein anderes gestattet wird, d. h die Vollmacht so weit ausgedehnt wird, dass der Vertreter innerhalb des bestimmten Umfanges im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen beliebige Rechtsgeschäfte abschliessen darf. Unzweifelhaft wird hiervon ein ausgedehnter Gebrauch gemacht werden durch ausdrückliche Ermächtigung, durch Statuten und Beschlüsse der Gesellschaften. Das Vormundschaftsgericht dagegen vermag die Vertretungsmacht des Vormundes nicht beliebig auszudehnen, denn nicht durch das Vormundschaftsgericht, sondern durch das Gesetz erhält der Vormund seine Vollmacht.

Eine solche erweiterte Befugnis in der Vollmacht kann nach der Verkehrssitte auch stillschweigend in der Vollmacht enthalten sein; und gerade dadurch wird dem Verkehr ein nicht zu unterschätzender Spielraum gelassen. „Nur darum", sagt Eck[1]), erscheinen die vom Gesetz gezogenen Grenzen nicht zu eng, weil in unzähligen Fällen, wo jemand neben seinen Geldern diejenigen eines andern oder mehrerer anderer zugleich verwaltet, ihm nach dem Sinne der Vollmacht auch der Abschluss von Rechtsgeschäften, wie sie zur Verwaltung gehören, mit sich selbst gestattet sein wird."

Unbedenklich wird z. B. ein Vertreter aus der von ihm verwalteten Kasse einen Hundertmarkschein herausnehmen dürfen und dafür fünf Zwanzigmarkstücke hineinlegen. Eine übliche Provision wird der Vertreter in gewissen Fällen, ohne dass eine ausdrückliche Bestimmung getroffen ist, an sich abführen dürfen, z. B. wenn ein Bankier als Vorsitzender eines patriotischen Vereines das Vermögen desselben bei sich

[1]) Eck a. a. O. S. 69.

hinterlegt. — Von diesem Standpunkt aus wird dann auch wohl ein Kauf, den der Vertreter mit sich selbst abschliesst, gültig sein, wenn es sich z. B. um Wertpapiere zum Tageskurs handelt Letzteres Beispiel erscheint schon nicht ganz unbedenklich. Eck will noch weiter gehen, indem er meint, es könne der Vertreter, um für den Vertretenen eine Kompensation zu ermöglichen, eine Forderung, die er selbst gegen einen Dritten hat, an sich selbst abtreten. Wir vermögen dieser Ansicht nicht beizustimmen, denn man gerät bei dieser weiten Ausdehnung allzu leicht auf das Gebiet der Fiktion, und der § 181 verliert seine strengen Grenzen. —

Wir kommen nun zu der Frage, welche Folgen sich daran knüpfen, wenn ein Vertreter, ohne ausdrücklich dazu bevollmächtigt zu sein, Rechtsgeschäfte mit sich abschliesst, die nicht ausschliesslich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehen.

Das Gesetz sagt: Ein Vertreter kann solche Rechtsgeschäfte nicht mit sich abschliessen. Wird aber im Gesetz das Wort „kann“ negativ gebraucht, wird also, wie hier, gesagt, dass etwas nicht geschehen kann, so wird durch diesen Ausdruck die rechtliche Unzulässigkeit des Geschehens bestimmt. Der Rechtsakt, von dem gesagt wird, dass er nicht geschehen kann, ist, wenn er trotzdem vorgenommen wird, unwirksam und nichtig.[1]) Es ergiebt sich also ohne weiteres für unsere Frage, dass Rechtsgeschäfte, die der Vertreter ausserhalb des in § 181 gegebenen Rahmens vornimmt, nichtig sind.

Merkwürdiger Weise wird diese Ansicht nicht allgemein geteilt. So meint z. B. Eneccerus-Lehmann[2]), das Geschäft sei nicht nichtig, sondern es könne durch die Genehmigung des Geschäftsherrn vollgültig werden. Es handelt sich, so führt Eneccerus-Lehmann aus, in dem § 181 lediglich um die Feststellung der Grenzen der Vertretungsmacht. Aus dem Zusatze, „soweit nicht ein Anderes gestattet ist“, gehe näm-

[1]) So Planck, Bd. 1, S. 25.

[2]) Eneccerus-Lehmann, Das bürgerl. Recht, S. 96; ebenso Hölder a a. O. Anm. 1 zu § 181.

lich hervor, dass Vollmacht, Statut oder Gesetz dem Vertreter gestatten könne, auch andere Geschäfte mit sich selbst abzuschliessen. Wenn nun gesagt würde, sofern dies nicht geschehen sei, könne der Vertreter nur Erfüllung mit sich selbst vornehmen, so könne man das nur so deuten, das ihm Vertretungsmacht für andere Geschäfte fehle, d. h. ihm nur die Möglichkeit fehle, ausserhalb dieser Geschäfte als Vertreter abzuschliessen.

Diesen Ausführungen muss entgegnet werden, dass es nicht richtig ist, anzunehmen, der § 181 stelle nur die Grenzen der Vertretungsmacht fest. Im Gegenteil, es giebt der Paragraph ein ganz bestimmtes allgemeines Verbot und lässt nur zwei Ausnahmefälle bestehen. Zum Beweise dessen können wir wohl auf die obigen Ausführungen verweisen, ohne dieselben noch einmal zu wiederholen. — Dann aber auch muss aufs bestimmteste betont werden, dass an einem ganz bestimmt gefassten technischen Ausdruck, den das Gesetz ohne Ausnahme immer in dem gleichen Sinne gebraucht, nicht gerüttelt werden darf. „Kann nicht“ bedeutet unter allen Umständen, dass ein Zuwiderhandeln Nichtigkeit zur Folge hat. Dieser Ansicht sind auch die Protokolle. Seite 777 heisst es: „Überschreitet der Vertreter die ihm durch das Verbot gezogenen Grenzen seiner Vertretungsmacht, so sei von dem Gesetze nicht etwa nur die Ungültigkeit des Vertretungsverhältnisses gewollt, sondern es gehe aus der Fassung unzweideutig hervor, dass damit das Rechtsgeschäft selbst hinfällig werden soll.“

Unter Vertreter versteht das B.G.B. nun aber nicht nur denjenigen, welcher die Vertretungsmacht in dem von ihm ausgeübten Umfange thatsächlich hat, sondern auch denjenigen, welcher, obwohl er diese Macht nicht hat, doch als Vertreter auftritt. Es bleibt uns also noch zu erörtern, welche Folgen es in unserm Falle hat, wenn ein Vertreter, dessen Vertretungsmacht nicht die Erfüllung von Verbindlichkeiten umfasst, dennoch ein derartiges Rechtsgeschäft mit sich vornimmt. Auf diesen Fall findet die allgemeine Regel der Stellvertretung Anwendung. Die bestrittene Frage, ob die Er-

füllung ein Vertrag oder nur ein einseitiges nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft ist[1]) — eine Frage, die an sich für die Wirkung eines ohne Vertretungsmacht vorgenommenen Rechtsgeschäftes höchst bedeutungsvoll ist — kann hier auf sich beruhen bleiben. Unter allen Umständen bleibt das Rechtsgeschäft der Erfüllung eines Vertreters ohne Vertretungsmacht in der Schwebe. Denn selbst angenommen, die Erfüllung wäre ein solches einseitiges Rechtsgeschäft, wie könnte der Bevollmächtigte sich selbst das Rechtsgeschäft zurückweisen nach § 180, weil er sich keine Vollmachtsurkunde vorgelegt habe! — Genehmigt nun nachher der Prinzipal das Erfüllungsgeschäft nicht, so ist ein gültiges Rechtsgeschäft nicht zustande gekommen, mithin die Verbindlichkeit nicht erfüllt.

Zwar können durch ein derartiges Handeln ohne Vertretungsmacht dingliche Wirkungen eintreten, indem z. B. der Vertreter 1000 Mark als Erfüllung für eine Schuld aus der Kasse des Vertretenen nimmt und in die seine thut, wodurch infolge der Vermischung gemäss § 948 Miteigentum entsteht. Aber da das zu Grunde liegende obligatorische Erfüllungsgeschäft unwirksam ist, so kann der Vertretene Auflösung der durch das Miteigentumsverhältnis entstandenen Gemeinschaft und Rückgabe der 1000 Mark verlangen. — Erteilt der Vertretene seine Einwilligung, so gilt das Rechtsgeschäft als von Anfang an gültig.

Dieselbe Wirkung, nämlich dass das Rechtsgeschäft in der Pendenz bleibt, tritt ein, wenn der Vormund mit dem

[1]) Die einseitige Natur der Erfüllungshandlung wird von mancher Seite behauptet, indem die mitunter erforderliche Mitwirkung des Gläubigers als nur in der Art der geschuldeten Leistung liegend dargestellt wird. (Stammler, das Recht d. Schuldverh. S. 221 ff.). Aber unter der Mitwirkung muss eben eine auf den Rechtserfolg der Zahlung gerichtete Willenserklärung des Gläubigers verstanden werden, nicht nur ein rein thatsächliches Mitwirken; denn nur dann wird der Zweck der Zahlung erreicht, wenn der Gläubiger sie als solche annimmt. (Oertman, Kommentar, Anm. 5 zu § 362). Eine derartige Mitwirkung zur einseitigen Handlung des Schuldners führt aber mit Notwendigkeit auf den Vertrag (vgl. Matthiass a. a. O. Bd. I, § 92, II. A. S. 374 ff.).

Mündel selbst einen Vertrag eingeht. Auch dieses Rechtsgeschäft ist nicht nichtig, es ist nur noch nicht wirksam, da der Vormund nicht dem Mündel die Genehmigung zu geben vermag. Das ist eine Konsequenz, die mittelbar aus der ratio des § 181 folgt. Ein eigentliches Selbstkontrahieren liegt hier nicht vor, denn der Vormund erteilt nicht sich selbst die Genehmigung, wie Rehbein[1]) zu meinen scheint, sondern er erteilt sie dem Mündel, wenn er sie auch sich selbst gegenüber erklären kann. Es sind also wirklich zwei Personen, die miteinander kontrahieren, aber praktisch, in Hinsicht auf die Gefahr der Interessenkollision, ist das dasselbe, wie wenn der Vormund mit sich selbst als Vertreter des Mündels kontrahiere. Um ein derartiges Geschäft vollwirksam zu machen, muss der Gegenvormund oder ein bestellter Pfleger resp. der volljährig gewordene Mündel die erforderliche Einwilligung geben. Eine Schenkung an den Mündel kann der Vormund natürlich ohne weiteres bewirken.

Von verschiedenen Seiten ist bei Erörterung des § 181 und den Wirkungen desselben im Falle Uebertretung der Norm auf die §§ 456—458 als ein Ausnahmefall hingewiesen worden. In dem genannten Paragraphen handelt es sich einmal um die beim Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung mit der Vornahme oder Leitung des Verkaufs Beauftragten und um die mit dem freihändigen Verkauf Beauftragten, wenn der Auftrag zu dem Verkauf auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift erteilt worden ist. In der Kommission wurde lange hin und herberaten, wie man hier den Fall, dass der Beauftragte selbst die versteigerte Sache gekauft habe, gesetzlich regeln solle, und ob hier die Vorschriften des § 181 Anwendung fänden. Die letztere Frage ist in den Motiven, da sie praktisch gleichgültig ist, nicht entschieden, und es ist zweifelhaft gelassen, ob die mit einem derartigen Verkauf Betrauten als Vertreter anzusehn sind. Unsers Erachtens sind dieselben weder Vertreter des Gläubigers noch des Schuldners. Sie sind nicht Vertreter des

[1]) Rehbein, Das bürgerl. Gesetzbuch, Kommentar S. 255.

Gläubigers, sondern sie handeln nur auf dessen Betreiben;[1]) sie sind auch nicht Vertreter des Schuldners, gegen dessen ausdrücklichen Willen sie oft handeln werden; ihre Stellung ist vielmehr eine publizistische, die sich nicht auf ein privatrechtliches Verhältnis zurückführen lässt. Geht man nun aber davon aus, dass die mit dem Verkauf beauftragten Vertreter des Gläubigers (oder auch Schuldners) sind, so würde, denken wir uns die Vorschriften der §§ 456—458 fort, ein Kauf des Versteigerers an sich nichtig sein nach § 181. „Mit der Annahme der Nichtigkeit aber, meinen die Protokolle, Bd. 2 S. 75 ff., würde man über das Interesse der Beteiligten hinausgreifen, denen mehr daran gelegen sei, einen solchen Kauf, wenn sie ihn für vorteilhaft hielten, genehmigen zu können, anstatt ihn als nichtig hinnehmen zu müssen." Aus diesem Grunde ist bestimmt, dass die Wirksamkeit des Kaufes, wenn eine der genannten vom Kaufe ausgeschlossenen Personen gekauft hat, von der Zustimmung der beim Verkauf als Schuldner, Eigentümer oder Gläubiger Beteiligten abhängt. Hiermit wäre dann, ausgehend von obiger Voraussetzung, eine Ausnahme kraft Gesetzes gemacht von der Regel, dass das unzulässige Selbstkontrahieren Nichtigkeit zur Folge hat.

Zum Schluss erübrigt es noch, der Verteilung der Beweislast zu gedenken. Von der Regel, dass das Selbstkontrahieren unzulässig ist, wird durch die Worte „es sei denn, dass" zu gunsten der Erfüllung einer Verbindlichkeit eine Ausnahme gemacht. „Wer sich darauf beruft, dass die gesetzliche Regel nicht zur Anwendung kommt, hat zu beweisen, dass der in dem angeschlossenen Satze bezeichnete Ausnahmefall vorliegt." (Planck Bd. I S. 45.) Wird also in unserm Fall die durch das Selbstkontrahieren bewirkte

[1]) Dies geht auch schon daraus hervor, dass bei der Versteigerung eines Pfandes der betreibende Gläubiger nicht in erster Linie befriedigt wird, — wie es doch natürlich wäre, wenn der mit dem Verkauf Beauftragte sein Stellvertreter wäre — sondern die Verteilung des Erlöses geschieht nach der Regel des Pfandrechtes, vgl. z. B. Z.G. § 109; vgl. auch Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 259 § 120.

Leistung angefochten, weil sie unzulässig sei — das kann sowohl der Vertretene wie der Vertreter selbst, im Falle er kondizieren will — so muss der Gegner beweisen, dass sie zulässig gewesen ist, weil sie in Erfüllung einer Verbindlichkeit bestanden habe. Ebenso ist die Beweislast verteilt, wenn behauptet wird, es sei dem Vertreter ein Anderes gestattet gewesen. Auch hier braucht derjenige, welcher sich auf die gesetzliche Regel beruft, nicht „die in dem Kondizionalsatz enthaltene Negation zu beweisen", sondern demjenigen, welcher die Anwendbarkeit der gesetzlichen Regel bestreitet, liegt der Beweis ob, dass die in dem Kondizionalsatz angeführte Thatsache, es sei dem Vertreter ein Anderes gestattet, vorliegt.